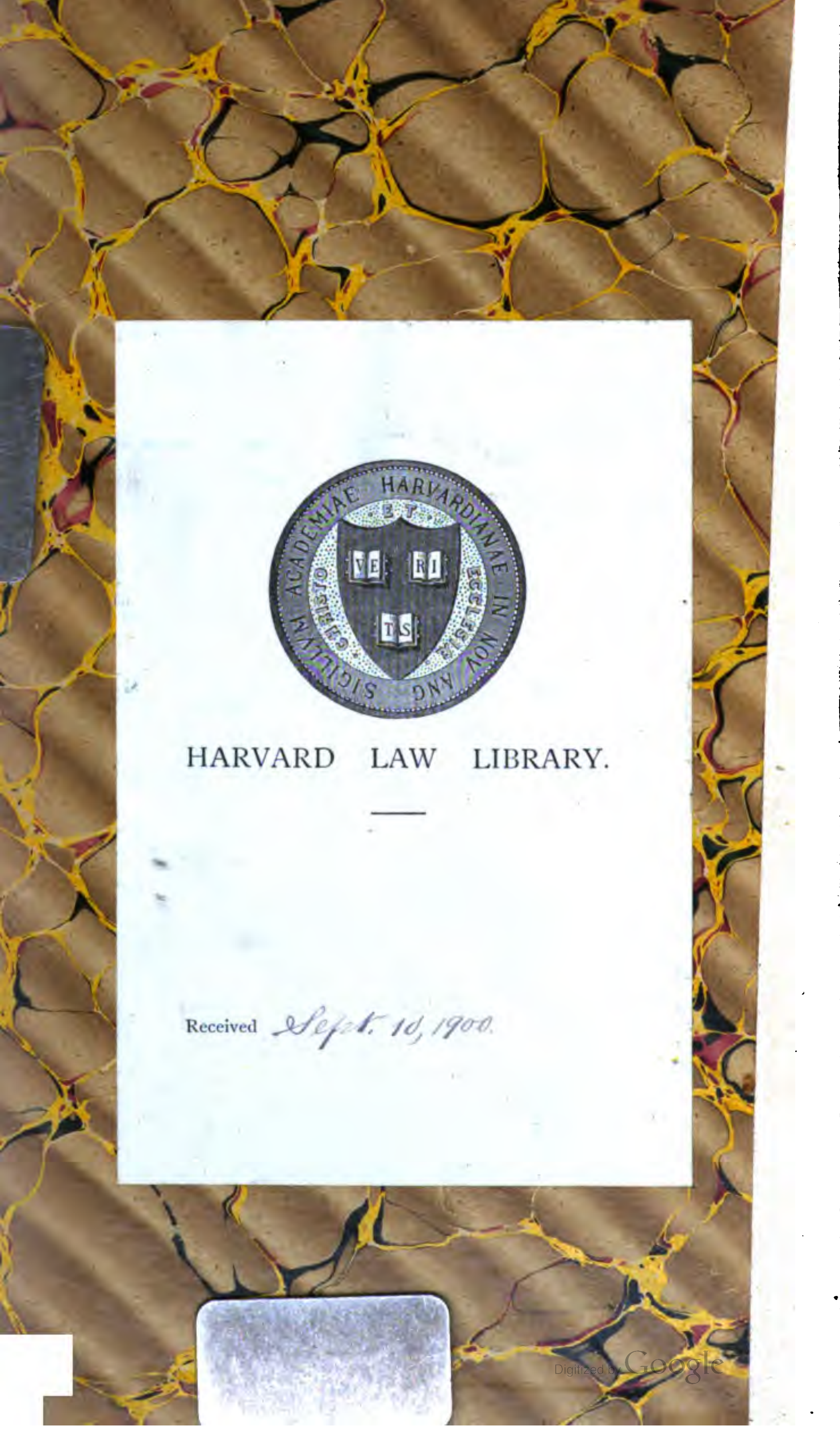




HARVARD LAW LIBRARY.
Received Sept. 10, 1900.
Digitized by Google



Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANCAIS.

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME VINGT-HUITIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,
ÉDITEURS.
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR,
RUE SOUFFLOT, 20

1878

Rec. Sept. 10, 1900.

TITRE XIV.

(TITRE XIII DU CODE CIVIL.)

DU MANDAT (*Suite*).

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

---

§ Ier. *Qui est mandant?*

1. En principe, c'est celui qui donne le pouvoir; il est débiteur personnel, soit en vertu du mandat, si le contrat lui impose une obligation, soit par un fait postérieur au mandat, si de ce fait il résulte une obligation à sa charge. Cela suppose que le mandant parle en son nom, et que par conséquent il oblige sa personne; mais lui-même peut être le représentant d'un incapable, ou d'un corps moral, ou de ce que nous appelons une personne civile; dans ce cas, ce n'est pas lui qui parle au contrat, en ce sens qu'il ne s'oblige pas personnellement, il oblige la personne qu'il représente. Le tuteur qui confie un mandat ne s'oblige pas personnellement, il oblige son pupille; le mandataire n'a donc d'action contre le tuteur qu'aussi longtemps qu'il est le représentant du mineur; quand il ne l'est plus, aucune action ne peut être dirigée contre lui; l'action doit être formée contre celui qui lui succède dans l'administration des biens du mineur, soit un autre tuteur, soit le mineur devenu

majeur. Il en est de même de tout représentant légal d'une personne privée, ou d'une personne civile (1).

2. La jurisprudence est en ce sens. Un avoué fut chargé par le maire d'une commune d'occuper pour elle dans quatre instances où elle était partie. L'avoué assigna le maire personnellement pour le faire condamner à payer le montant de ses déboursés. Le premier juge fit droit à cette demande, par la raison que le maire était mandant et qu'il était d'ailleurs intéressé au mandat, comme membre de la communauté au nom de laquelle il agissait. Cette décision a été cassée et elle devait l'être. Quel est le rôle du maire dans le mandat qu'il donne à l'avoué? Il représente la commune en justice, soit en demandant, soit en défendant; donc il n'agit pas en son propre nom, il n'est partie ni au procès ni au mandat; c'est la commune qui agit et qui contracte par son intermédiaire; c'est elle qui supporte les frais, c'est elle qui est condamnée, c'est contre elle que l'avoué doit agir, de même que tous ceux qui traitent avec le maire, comme représentant de la commune; c'est contre elle que sont exécutées toutes les condamnations. Quant à l'intérêt que les habitants de la commune et, par suite, le maire, comme tel, ont au procès, il n'a pas pour conséquence de leur imposer une obligation personnelle, pas plus qu'il ne leur donne un droit personnel. C'est la commune comme personne civile qui est en cause, ce ne sont pas les habitants de la commune (2).

Cela est élémentaire. Mais la mauvaise rédaction des actes donne parfois lieu à des procès. En 1795, la ville de Hal devant satisfaire aux réquisitions de l'armée française, une assemblée générale des habitants fut convoquée; elle nomma quatre délégués chargés de faire un emprunt sous forme de rente. Les mandataires étaient autorisés à obliger la commune de même que les personnes et biens des habitants. La régence approuva l'emprunt. En 1815, les héritiers du prêteur ou crédirentier assignèrent les quatre délégués qui avaient figuré à l'acte, en payement

(1) Pont. t. I, p. 567, n° 1082. Aubry et Rau, t. IV, p. 647, note 1, § 414.
(2) Cassation, 17 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 303, 3°).

de 18 années d'intérêts et au remboursement du capital. La demande était fondée sur les termes de l'acte, par lequel les représentants des habitants *obligeaient solidairement leurs personnes et leurs biens*. C'est une de ces clauses banales que les rédacteurs insèrent dans tout acte de prêt, par routine, sans distinguer si ceux qui y figurent parlent en leur nom personnel ou comme représentants. Un de nos vieux auteurs a prévu la difficulté, sans doute parce qu'elle était usuelle; Huberus pose en principe que les clauses accessoires d'un contrat, bien qu'elles soient conçues en termes propres à celui qui y figure, doivent être interprétées et, pour mieux dire, modifiées d'après la qualité en laquelle l'obligation principale a été contractée (1). Pareille clause est réputée de style et ajoutée inconsidérément. Si donc, dans la convention, les mandants figurent comme représentants de la commune, il faut admettre qu'ils n'entendent pas s'obliger personnellement. La cour de Bruxelles se prononça en ce sens (2).

Ce n'est pas à dire que ceux qui figurent dans un mandat comme représentants légaux ne puissent y prendre des engagements personnels. Mais c'est là, certes, une rare exception; il faudrait donc une clause bien formelle, et de plus des circonstances qui expliquent l'obligation personnelle contractée par ceux qui, dans la convention, ne figurent pas comme débiteurs personnels. Dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, la clause était très-claire, mais ce n'était qu'une clause banale; il est certain que ceux qui avaient contracté comme délégués de la commune n'avaient pas entendu s'obliger comme débiteurs personnels. Dans ces circonstances, la clause ne pouvait avoir aucun effet.

3. Un huissier fit diverses poursuites contre des contribuables à la requête du receveur de l'enregistrement. Il forma une action contre le receveur, comme débiteur personnel, à raison du mandat dont il l'avait chargé. La cour d'Agen rejeta la demande. Pourvoi en cassation et arrêt

(1) Huberi *Prælectiones*, lib. XXVI, tit. VII, n° 14 (*De administratione et periculo tutelæ*).

(2) Bruxelles, 24 juin 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 410).

de rejet. Tant que le receveur était en fonctions, dit la cour, l'huissier pouvait l'actionner, comme représentant de l'administration au nom de laquelle il avait agi ; mais le receveur, lors de l'action formée contre lui, n'était plus en exercice, dès lors il ne pouvait pas être actionné pour des mandats qu'il avait donnés à raison de fonctions qu'il avait cessé de remplir. L'huissier devait agir contre l'administration, mais il était en défaut sous ce rapport ; sommé de produire ses titres dans un délai déterminé, sous peine de déchéance, il n'avait fait aucune production : il doit, dit la cour, imputer à sa négligence le préjudice qu'il éprouve (1).

4. Il est inutile de continuer cet exposé de la jurisprudence. Les principes ne laissent aucun doute, bien que parfois les tribunaux se trompent dans l'application qu'ils en devraient faire. Ainsi il y a des arrêts en sens divers sur la question de savoir si les syndics d'une faillite sont personnellement obligés par les mandats qu'ils donnent ; ils n'ont aucun motif de s'obliger personnellement, et telle n'est certes pas leur intention ; représentants de la masse, ils agissent en son nom ; c'est contre la masse que le mandataire doit agir, sauf à exiger l'obligation personnelle des syndics, si ceux-ci y consentent. En un mot, il faut appliquer aux syndics les principes que nous venons d'exposer. Il en est de même des directeurs d'une société de commerce ; c'est la société qui contracte par leur intermédiaire, l'administrateur ne s'oblige pas personnellement (2).

§ II. *De l'obligation d'indemniser le mandataire.*

N° 1. PRINCIPES.

5. « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il lui en a été promis » (art. 1999). Ces obligations imposées au mandant rendent-elles le mandat synallagmatique ? Il faut distin-

(1) Rejet, 24 mars 1825 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 303, 2°).
(2) Voyez les autorités citées par Pont, t. I, p. 568, n° 1082.

guer l'obligation de rembourser les avances et l'obligation de payer le salaire convenu. Dans le dernier cas, le contrat devient bilatéral, à notre avis (1). Il n'en est pas de même dans le premier cas. Pothier en fait la remarque. Pour qu'un contrat soit bilatéral, il faut que chacune des parties soit obligée en vertu de la convention, de sorte que chacune ait une action principale contre l'autre, pour la contraindre à remplir l'obligation qu'elle a contractée (art. 1102). Or, telle n'est pas l'obligation de rembourser les avances faites par le mandataire. C'est une obligation incidente, à laquelle donne ouverture, depuis le contrat, la dépense que le mandataire a faite. Ces avances ne sont pas essentielles au contrat de mandat, puisqu'il y a des mandats qui peuvent s'exécuter sans que le mandataire débourse rien; donc le mandataire n'a pas action de ce chef contre le mandant, en vertu du contrat, il ne peut agir contre lui que s'il a fait des déboursés. Partant, le mandat n'est pas un contrat synallagmatique. C'est une de ces conventions que la doctrine appelle bilatérales imparfaites (2). Nous renvoyons, quant à cette classification des contrats, à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

6. Le mandant doit rembourser les *avances* et *frais*, c'est-à-dire ce que le mandataire a réellement déboursé, car le mandant ne peut pas être tenu de rembourser ce qui n'a pas été dépensé par le mandataire. La cour de cassation a appliqué ce principe élémentaire dans une espèce remarquable. Il s'agissait de droits de douane que le mandataire avait payés dans une colonie espagnole. Il avait effectué le payement avec des titres au porteur d'un emprunt. Ces valeurs étaient fort dépréciées lors du payement, toutefois l'administration, en vertu de la loi, les avait reçues pour leur montant nominal. Qu'est-ce que le mandataire avait en réalité déboursé, la valeur nominale des titres ou la valeur réelle? Il prétendit que le mandant devait lui rembourser la valeur réelle, puisqu'elle avait servi à acquitter une dette du mandant. La cour de cassation

(1) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, n° 340, p. 384.
(2) Pothier, *Du mandat*, n° 68.

répond que le mandant ne peut être tenu de rendre que ce que le mandataire a déboursé; or, qu'avait-il déboursé dans l'espèce? Des titres dépréciés; c'est cette valeur qui était sortie de son patrimoine par l'avance qu'il avait faite, c'est cette valeur qui devait y rentrer par le remboursement (1).

7. Le mandant doit-il rembourser les avances et frais quand l'affaire n'a point réussi? L'article 1999, 2e alinéa, répond à la question : « S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et payements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. » La raison en est bien simple : le mandataire ne s'oblige pas à faire réussir l'affaire dont il est chargé, il s'oblige à faire ce qui est l'objet du mandat, et s'il a rempli cette obligation en bon père de famille, en faisant ce que le mandant lui-même aurait fait, celui-ci, de son côté, doit remplir les obligations que la loi lui impose. L'équité est d'accord avec le droit : comme le dit très-bien Tarrible, le rapporteur du Tribunat, c'est pour le mandant et pour son seul avantage que l'affaire a été traitée; c'est donc à lui de supporter les mauvaises chances auxquelles toutes les transactions sont plus ou moins exposées (2).

8. Que faut-il entendre, dans l'article 1999, par les mots : s'il n'y a aucune *faute imputable au mandataire?* Cela veut-il dire que le mandataire n'a plus droit de réclamer ses frais et avances dès qu'il y a une faute quelconque à lui reprocher? Non, car tout ce qui résulte des fautes commises par le mandataire, c'est qu'il en est responsable et que, par suite, il doit les dommages-intérêts qui en résultent. Cela n'empêche pas que, de son côté, le mandant doive exécuter l'obligation qui lui incombe de rembourser les dépenses que le mandataire a faites. L'article 1999 doit donc avoir un autre sens, car il suppose que la faute peut être de telle nature que le mandant ne soit pas tenu de rembourser les frais et avances. Ce qui ne peut arriver que si la dépense a été faite précisément par la faute qui est imputable au mandataire. Par exemple, le mandant avait fixé le

(1) Rejet, 15 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 363). Pont, t. I, p. 569, n° 1086.
(2) Tarrible, Rapport, n° 18 (Locré, t. VII, p. 382).



montant des dépenses que le mandataire était autorisé à faire; si celui-ci a dépassé ce chiffre sans qu'il y ait eu une cause imprévue de dépenses, le mandant ne lui doit pas l'excédant, car pour cet excédant le mandataire est en faute, ce serait donc se prévaloir de sa faute que de réclamer des frais qu'il n'aurait pas dû faire, ce que ni les principes de droit ni l'équité ne permettent (1).

La cour de cassation a fait une application de l'article 1999 dans l'espèce suivante. Il était dit dans la procuration que le mandataire devait se faire payer de ses avances par un tiers nanti des fonds. Il négligea de réclamer son payement de ce tiers, qui devint ensuite insolvable. La faute tombait directement sur les avances; elle avait coûté au mandant, dit l'arrêt de rejet, le montant des frais réclamés par le mandataire; dans l'espèce, le mandataire était tenu de rembourser au mandant la somme qu'il lui avait fait perdre par sa négligence; il ne pouvait donc pas réclamer comme créance ce qui était une dette (2).

9. L'article 1999 ajoute que « le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres » : toujours dans la supposition qu'il n'y ait aucune faute imputable au mandataire. Est-ce à dire que les frais et avances ne souffrent aucune réduction, comme le dit le rapporteur du Tribunat? Cela est trop absolu, et la loi n'est pas conçue en termes généraux, le texte implique au contraire qu'il peut y avoir lieu de réduire les dépenses que le mandant est tenu de rembourser. En effet, l'article 1999 suppose que la demande de réduction est mal fondée, en ce sens que l'excès dont se plaint le mandant n'est qu'un *prétexte;* la loi ne dit pas que c'est un *motif* reconnu légitime. La raison en est que si réellement le mandataire a fait des dépenses excessives, il y a faute de sa part. Un bon père de famille ne fait pas de dépenses qui ne sont pas nécessaires; or, le mandataire doit agir en bon père de famille (art. 1992), sauf à appliquer la loi avec indulgence quand le mandat est gratuit.

(1) Duranton, t. XVIII, p. 269, n° 266. Pont, t. I, p. 570, n° 1087.
(2) Rejet, 15 mars 1821 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 330).



Mais s'il n'y a aucune faute à reprocher au mandataire, le mandant ne peut pas le chicaner sur des dépenses qui auraient pu être moindres : il y a ici une nuance entre ce qui est nécessaire et ce qui est excessif, qu'en théorie on ne peut pas préciser, mais que le juge doit saisir pour rester fidèle à l'esprit de la loi (1). C'est en ce sens qu'il faut entendre le principe tel que Pothier le formule : « Lorsque, par sa *faute*, le mandataire a déboursé trop, pouvant exécuter le mandat à moindres frais, il n'en doit être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il suffisait de débourser (2). » On pourrait croire, d'après cela, qu'il y a faute par cela seul que les dépenses pouvaient être moindres ; telle n'est pas, nous semble-t-il, la pensée de Pothier, car ce serait une rigueur trop grande dans un contrat que l'ancien droit supposait gratuit de son essence. En tout cas, tel n'est pas l'esprit de notre loi, puisque l'article 1999 suppose que le mandant doit rembourser les dépenses, alors même qu'il prétendrait qu'elles auraient pu être moindres.

10. La jurisprudence autorise la réduction des frais et avances dans tous les cas où il y a faute de la part du mandataire. Un notaire, chargé de faire radier les inscriptions qui grèvent les biens du mandant, paye au conservateur des hypothèques un droit plus élevé que celui que la loi lui alloue pour opérer la radiation ; il a été jugé que le notaire ne pouvait répéter que le droit légal. Il y a faute et faute lourde à payer un droit qui n'est pas dû, et c'est payer ce qui n'est pas dû que de payer au delà de ce qui est dû (3).

Un notaire, chargé de la liquidation d'une succession, porte en compte une somme de 1,468 francs 15 centimes, pour suppléments d'intérêts ou droits de commission qu'il a payés pour obtenir un emprunt fait dans l'intérêt du mandant. Cette somme ne lui a pas été allouée, parce que l'emprunt qu'il avait contracté excédait les bornes d'un mandat général ; il eût fallu pour emprunter, et surtout pour em-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 269, n° 266.
(2) Pothier, *Du mandat*, n° 78.
(3) Amiens, 21 novembre 1823 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 327).

prunter à des conditions onéreuses, un pouvoir spécial. Le notaire étant en faute d'avoir fait la dépense, il ne pouvait pas en demander le remboursement (1).

Dans l'affaire Damas il s'est présenté une difficulté analogue. Chargé d'exploiter un domaine et une usine, le régisseur avait eu recours à une banque pour se procurer les fonds nécessaires. Outre l'intérêt à 6 pour 100 par an, il payait 1/2 pour 100 par trimestre sur le débit et la commission sur les soldes. Comme il y avait un mouvement considérable de fonds, il en résultait des bénéfices excessifs pour la banque; la cour de Dijon constate que ces opérations continuées pendant des années auraient fini par compromettre gravement la fortune du marquis de Damas et qu'elles pouvaient entraîner sa ruine. De plus, les autres banques faisaient à leurs clients des conditions beaucoup moins onéreuses; la banque même qui fournissait les fonds au régisseur traitait plus favorablement d'autres maîtres de forges avec lesquels elle était en compte courant. Enfin, le régisseur était aussi administrateur de la banque et, à ce titre, il profitait des frais excessifs qu'il payait comme mandataire. Tenant compte de ces faits, la cour de Dijon condamna le régisseur à une restitution de 100,000 francs. Il y eut pourvoi en cassation de ce chef. Le demandeur se plaignait, et avec une apparence de raison, que l'arrêt attaqué avait fixé arbitrairement une somme de 100,000 francs, au lieu d'examiner et de rectifier, s'il y avait lieu, les divers articles du compte. La cour de cassation répond que la cour de Dijon, en condamnant le mandataire infidèle pour cause de faute et de dol, n'avait pas à discuter en détail les divers éléments du préjudice, comme elle aurait dû le faire s'il s'était agi d'une restitution proprement dite (2).

11. « L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées » (art. 2001). C'est une exception à la règle établie par l'article 1153, d'après lequel les intérêts ne courent, en général, qu'à partir de la demande; nous avons dit

(1) Paris, 18 avril 1836 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 306).
(2) Cassation, 25 novembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 67).

plus haut que la loi fait exception à la même règle en faveur du mandant (art. 1996). Les motifs sont analogues : c'est qu'il ne s'agit pas, dans le mandat, d'une obligation de payer une somme d'argent, ni du retard que le débiteur met à la payer ; il s'agit d'une obligation de faire, et en ce qui concerne le mandataire, le droit et l'équité demandent qu'il ne souffre aucun préjudice à raison de sa gestion. Or, il serait en perte s'il faisait des avances sans avoir droit aux intérêts, puisqu'il perdrait la jouissance de la somme qu'il avance. Cela ne veut pas dire que le mandataire doive justifier d'une perte, par exemple qu'il a payé lui-même les intérêts des sommes par lui dépensées, ou qu'il aurait placé ces sommes. Quand il s'agit d'intérêts, la loi n'entre pas dans ces considérations ; elle les alloue soit sur une demande, soit de plein droit, parce que les intérêts représentent la jouissance ordinaire que le créancier retire d'un capital (1).

12. A partir de quel moment le mandataire a-t-il droit aux intérêts? L'article 2001 répond que l'intérêt lui est dû à dater du jour des avances *constatées*. Que veut dire le mot *constatées?* En principe le mandataire a droit aux intérêts dès qu'il a fait les avances, car dès cet instant il est privé de la jouissance de la somme qu'il tire de son patrimoine pour l'avantage du mandant. Mais quel est le moment où il fait les avances? C'est un point de fait qui doit être prouvé : en ce sens la loi dit que les avances doivent être *constatées*. On a prétendu que cela signifiait que les intérêts ne couraient que lorsque la preuve de l'avance est faite en justice. Ainsi entendue, la loi serait absurde. Il se peut que la preuve ne se fasse que longtemps après que la somme a été avancée ; le mandataire perdrait donc la jouissance de ses deniers pendant tout ce temps : ce qui est en opposition avec le motif sur lequel est fondée la disposition de l'article 2001. Nous croyons inutile d'insister (2).

12 *bis*. Qu'entend-on par *avances?* Dans le langage ordinaire, on entend par avances une somme dépensée par

(1) Pont, t. I, p. 572, n° 1091. Duranton, t. XVIII, p. 274, n° 270.
(2) Pont, t. I, p. 574, n° 1092.

une personne dans l'intérêt d'une autre. En droit, il peut y avoir avance sans que les deniers soient sortis du patrimoine de celui qui est tenu de la faire. Il suffit que le mandataire soit privé de la jouissance des deniers, dans l'intérêt du mandant, pour qu'il puisse réclamer les intérêts; or, il peut être privé de cette jouissance alors même qu'il a encore la somme en sa possession. Le mandataire est chargé de payer les créanciers du mandant, à mesure que leurs créances deviennent exigibles. Du moment qu'une créance devient exigible, le mandataire a droit aux intérêts de la somme qu'il doit lui payer, quand même le créancier ne réclamerait son payement que plus tard. En effet, dès ce moment le mandataire doit tenir les fonds à la disposition des créanciers qui, d'un instant à l'autre, peuvent réclamer ce qui leur est dû, il ne peut donc plus se servir des fonds; en ce sens, ils sont avancés pour le service du mandant, ce qui oblige celui-ci à payer les intérêts. Cela est aussi fondé en équité. En effet, le mandant aurait dû tenir les fonds à la disposition des créanciers; il gagne donc la jouissance que le mandataire perd; partant, il lui en doit tenir compte (1).

13. L'intérêt est l'intérêt légal de 5 pour 100 en matière civile, de 6 pour 100 en matière de commerce. On demande si le mandant doit payer l'intérêt de 6 pour 100, bien qu'il ne soit pas commerçant, si le mandat est commercial. L'affirmative n'est point douteuse, puisque l'intérêt est dû non à raison de la profession du mandant, mais à raison de la nature de l'acte. Cela a été ainsi jugé dans un procès auquel le nom du mandant a donné quelque célébrité. En 1804, Godoï, prince de la Paix, chargea une dame de Paris de lui faire confectionner une pendule d'après un plan par lui fourni. L'exécution de ce travail devait coûter 80,000 francs, sur lesquels le mandant envoya 40,000 francs à la mandataire. Survint la révolution de 1808, à la suite de laquelle le prince de la Paix fut obligé de se retirer dans les Etats romains. La mandataire voulut livrer la pendule et demanda les 40,000 francs qui

(1) Rejet, 31 decembre 1845 (Dalloz, 1847, 4, 307).

lui restaient dus. Le prince résista à toutes les réclamations. En 1830, il vint habiter Paris; les héritiers de la mandataire assignèrent le débiteur en payement des 40,000 francs, avec les intérêts. Le premier juge condamna le prince au payement des intérêts à 6 pour 100, à compter du jour où les avances avaient été faites. En appel, le prince ne contesta que la fixation de l'intérêt à 6 pour 100. La décision a été maintenue par le motif que le mandat était commercial, la mandataire se livrant habituellement à des opérations de cette nature. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet (1)

N° 2. APPLICATION DE L'ARTICLE 2001.

14. Ces principes ont donné lieu à de nombreuses difficultés, surtout en ce qui concerne l'article 2001. Si l'on s'en tient au texte, il n'y a guère de doute. La disposition de l'article 2001, quoique dérogeant à l'article 1153, est conçue dans les termes les plus généraux : tout mandant est tenu des intérêts des avances faites par le mandataire. Il suffit donc qu'il y ait mandat pour que la loi doive recevoir son application, à moins qu'il n'y ait dans la loi même une exception à la règle de l'article 2001.

15. La cour de cassation a jugé que la femme qui paye une dette de son mari a droit au remboursement, avec les intérêts, du jour de ce payement. L'article 2011, dit la cour, comprend non-seulement le payement des sommes dues en capital, mais encore celui que le mandataire fait des accessoires de ce capital, des frais et des intérêts. En droit, cela est certain; car à l'égard de la femme qui paye la dette de son mari, les intérêts sont une somme capitale; elle a donc droit aux intérêts, bien que, en général, les intérêts ne produisent des intérêts qu'en vertu d'une demande ou d'une convention, et à condition qu'il s'agisse d'intérêts dus par année. En équité, la décision de la cour est tout aussi évidente. La loi veut que le mandataire soit complétement indemnisé; or, la femme ne le serait point,

(1) Rejet, 18 février 1836 (Dalloz, au mot *Prêt à intérêts*, n° 136).

si elle ne pouvait pas réclamer l'intérêt de tout ce qu'elle a avancé pour son mari (1).

16. L'avoué a-t-il droit aux intérêts des sommes qu'il avance pour son client? A première vue, l'affirmative paraît évidente. L'avoué est mandataire; pourquoi ne pourrait-il pas invoquer le bénéfice d'une disposition qui s'applique à tout mandat? Toutefois la jurisprudence est contraire. La cour de cassation distingue : les avances des frais de procédure pour l'instruction du procès dont les avoués sont chargés ne portent pas intérêt de plein droit; l'avoué doit demander ces frais en justice, s'il veut obtenir les intérêts. Quant aux avances faites comme *negotiorum gestor*, dans l'intérêt de son client, telles que le payement de dommages-intérêts auxquels le client a été condamné, il y a lieu d'appliquer l'article 2001. Quelle est la raison de cette distinction? On la chercherait vainement dans l'arrêt de la cour de cassation; il se borne à dire que les frais de procédure rentrent dans la classe des obligations énoncées en l'article 1153, tandis que les autres avances tombent sous l'application de l'article 2001 (2). C'est affirmer, ou, comme on dit, décider la question par la question. L'article 2001 distingue-t-il entre les diverses espèces d'avances? Non, donc dès qu'il y a avance faite par un mandataire, il faut appliquer la loi.

Il y a des arrêts qui vont plus loin, et qui refusent à l'avoué les intérêts des avances étrangères à la procédure, et cela par le singulier motif que l'avoué n'était pas obligé de les faire, et que s'il les a faites spontanément, c'est en vue des émoluments qu'il devait recevoir par suite de l'affaire dont il s'était chargé (3). Voilà d'étranges motifs! Si on les prenait au sérieux, les mandataires n'auraient jamais droit aux intérêts. En effet, ils ne sont pas précisément obligés de faire les avances, ils peuvent demander des fonds au mandant s'ils veulent; et si les mandataires salariés avancent les frais, on peut dire aussi d'eux qu'ils

(1) Cassation [illegible] 61, 1, 481).
(2) Cassation, 23 [illegible] mot *Avoué*, n° 125).
(3) Rennes, 28 mars 1851 (dans le *Re*[illegible] 2, 16). Comparez Nancy, 8 janvier 1852 (Dalloz, *ibid.*), et Douai, 29 [illegible]mbre 1852 (Dalloz, 1853, 5, 297).

font les avances en vue de leur salaire. Toutes ces considérations sont étrangères à la question : l'article 2001 ne distingue pas quelles sont les avances que fait le mandataire, il ne distingue pas si elles sont spontanées ou non, il ne distingue pas pourquoi elles sont faites. Et les interprètes devraient bien se rappeler que là où la loi ne distingue pas, il ne leur est pas permis de distinguer.

17. Chose singulière ! La jurisprudence conteste aux avoués un droit qu'ils tiennent du texte de la loi, et elle reconnaît ce même droit aux notaires, alors même qu'ils agissent comme tels, c'est-à-dire quand ils ne sont point mandataires. Si le mandat consiste essentiellement à représenter les parties, il est bien certain que les notaires ne sont pas des mandataires quand ils remplissent leurs fonctions notariales (1). Donc ils ne peuvent pas se prévaloir de l'article 2001, lequel suppose l'existence d'un mandat. Mais les notaires peuvent être mandataires, et ils le sont souvent; dans ce cas, il est hors de doute qu'ils ont droit aux intérêts de leurs avances : ils sont sous l'empire de la loi commune (2).

Il y a une question d'application qui est très-controversée, quoique, à notre avis, elle soit très-simple. Les notaires, d'après la loi du 22 frimaire an VII, doivent avancer les frais d'enregistrement. Peuvent-ils réclamer les intérêts de ces frais, en vertu de l'article 2001 ? Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le notaire, agissant comme tel, n'est pas mandataire, il est certain qu'il faut écarter l'article 2001 (3). Reste à savoir s'ils peuvent réclamer les intérêts en vertu d'un autre titre. On a soutenu que les notaires, tenus à avancer les frais, doivent être considérés comme des cautions solidaires du débiteur; or, d'après l'article 2028, la caution a droit, du jour du payement, à l'intérêt des sommes payées pour le débiteur principal (4). L'argumentation nous paraît peu solide. La loi

(1) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, nos 334 et 385 [illegible] 376 et 438.
(2) Voyez les témoignages dans Pont [illegible] loz, au mot *Mandat*, n° 357.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 6[illegible]
(4) Pont, t. I, p. 577 et suiv [illegible], [illegible] *Revue critique*, t. III, p. 259 et suiv.

de frimaire ne dit pas que le notaire est débiteur solidaire, ni qu'il est caution; elle donne seulement au fisc une action contre le notaire, sauf au notaire à se faire rembourser de cette avance. C'est donc une avance qu'il fait comme y étant obligé par la loi, mais comme il n'est pas mandataire, il ne lui est pas permis d'invoquer l'article 2001.

La jurisprudence, en cette matière, est d'une inconséquence patente, à notre avis (1). Tout en considérant le notaire comme mandataire, elle lui refuse le bénéfice de l'article 2001, parce que cette disposition n'est pas faite pour les notaires. Et le motif? Parce qu'il ne paye pas comme mandataire, mais comme débiteur personnel, et il est débiteur personnel, en vertu de la loi de frimaire. En supposant que le notaire soit mandataire, il peut se prévaloir de la disposition générale de l'article 2001; elle est faite pour les notaires comme pour tout mandataire, à moins qu'il n'y ait une exception dans une loi spéciale (n° 14). L'exception résulte-t-elle de la loi de frimaire? Cette loi dit-elle que le notaire n'est pas mandataire quand il paye les droits d'enregistrement? La loi sur l'enregistrement est une loi fiscale qui n'a rien de commun avec le droit civil, qu'elle ne fait qu'appliquer; tout ce qu'elle dit sur notre question, c'est que le notaire est obligé de payer les droits; il les paye sans les devoir. Est-ce comme caution? La loi ne dit pas cela. Donc le notaire ne peut pas être réputé caution. Que reste-t-il? Une avance obligatoire. Or, quel que soit le caractère des avances, dès qu'un mandataire les fait, il a droit aux intérêts.

18. Le gérant d'affaires a-t-il droit aux intérêts de ses avances? Non, à notre avis. La solution de la question dépend du caractère de l'article 2001. Est-ce l'application d'un principe général, ou est-ce une exception à un principe général? Tout le monde est d'accord sur ce point. L'article 2001 fait courir les intérêts de plein droit pour une dette de somme d'argent, une créance de deniers donnant lieu à un remboursement : ce qui déroge à l'article 1153. Cette disposition est conçue dans des termes très-restric-

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Enregistrement*, n°s 5097 et suiv.

tifs : les intérêts ne sont dus que du jour de la demande. Le principe ainsi formulé, et c'est l'opinion générale, laisse un doute. L'article 1153 ne dit pas précisément ce qu'on lui fait dire; il ne parle pas des *intérêts* en général; il parle des dommages-intérêts dus pour le *retard* que le débiteur apporte à l'exécution de ses engagements, donc des intérêts *moratoires*, et il est bien certain que les intérêts de l'article 2001 ne sont pas des intérêts moratoires. Mais il y a une autre disposition qui généralise celle de l'article 1153. Le code a un chapitre sur l'intérêt. Il commence par dire qu'il est permis de stipuler des intérêts pour prêt (art. 1905); puis il dit que l'intérêt est légal ou conventionnel; l'article 1907 ne parle plus du prêt, il parle de tous les cas où les intérêts peuvent être dus. Quand les intérêts sont-ils dus? Il faut ou une loi ou une convention; de convention, il n'y en a pas dans l'espèce; donc il faudrait une loi pour que le gérant d'affaires eût droit aux intérêts; or, il n'y a pas de loi. Cela nous paraît décisif.

Toutefois l'on peut objecter que la loi qui accorde les intérêts au mandataire peut et doit être appliquée par analogie au gérant d'affaires. L'analogie est incontestable, mais suffit-elle pour étendre le droit aux intérêts légaux? Il nous semble que la négative est certaine. Tout droit accordé par la loi est de stricte interprétation; il en est ainsi de la subrogation légale et de l'hypothèque légale; il en doit être de même des intérêts légaux. La raison en est simple; étendre des droits légaux, fût-ce par analogie, c'est faire la loi : au législateur seul il appartient de décider s'il lui convient d'étendre les droits qu'il accorde à des cas qu'il ne prévoit point d'une manière spéciale. Ce qui prouve que tel est le caractère des intérêts légaux accordés au mandataire, c'est que le code les refuse au tuteur, quoiqu'il soit mandataire légal, et certes un des mandataires les plus favorables, puisque sa gestion est gratuite, bien qu'elle soit très-onéreuse (art. 474) (1). Notre conclusion est que le gérant n'a pas droit aux intérêts

(1) La remarque est de la cour de Lyon, 13 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 218).

de ses avances, parce que la loi ne les lui accorde pas.

19. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans les motifs d'un arrêt; on y lit que « les intérêts accordés par les lois romaines au *negotiorum gestor* à raison de ses avances, du jour qu'elles étaient faites, ont cessé de courir de plein droit depuis la promulgation du code (1) ». Troplong attaque vivement cette décision, ou plutôt ce considérant. « De tels arrêts, dit-il, sont un sujet d'étonnement; ils bouleversent la jurisprudence et portent le trouble dans les systèmes les mieux assis. » Au point de vue légal, et c'est le nôtre, on pourrait adresser avec plus de justice ces reproches à Troplong. Nous disons : au point de vue légal. En théorie, la critique est juste : le mandataire ayant droit aux interêts de ses avances, alors même qu'il est salarié, à plus forte raison le gérant d'affaires, dont l'administration est gratuite, et qui par amitié vient au secours d'un absent, devrait-il jouir de la même faveur, faveur qui n'est que justice. Cela est vrai, mais la question est de savoir, non ce que la loi aurait dû faire, mais ce qu'elle a fait. Or, la loi n'accorde pas les intérêts au gérant d'affaires, et le silence de la loi est décisif dans une matière que la loi seule peut régler, puisqu'il s'agit d'un droit légal. Troplong répond « qu'il faut remonter au principe d'équité et de bonne foi dont l'article 2001 découle, et si le principe est le même dans le cas de gestion d'affaires, il ne faut pas hésiter à en tirer la conséquence que la loi en tire pour le cas de mandat; sinon on se sert du code sans intelligence. » L'argumentation revient à dire que l'on doit appliquer la disposition de l'article 2001 par analogie. Nous y avons répondu d'avance. Ce que Troplong ajoute pour justifier l'application analogique est très-contestable. Il prétend que l'article 1375 autorise le juge à accorder les intérêts au gérant d'affaires. Nous répondons d'abord que ce n'est pas là notre question; il ne s'agit pas de savoir si le juge peut allouer les intérêts au gérant, il s'agit de savoir si la loi les lui accorde de plein droit. Est-il bien vrai, d'ailleurs, que le juge puisse les accorder? L'arti-

(1) Rejet, 7 novembre 1825 (Sirey, 1826, 1, 187).

cle 1375 dit que le maître doit rembourser au gérant toutes les *dépenses* utiles et nécessaires qu'il a faites. Est-ce que les intérêts, s'écrie Troplong, ne sont pas des *dépenses?* Voilà une interprétation des textes que l'on pourrait qualifier d'inintelligente. L'article 1999 dit aussi que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat. Cela concerne le capital, mais cela est étranger aux intérêts : il a fallu une disposition spéciale, celle de l'article 2001, pour que le mandataire eût droit aux intérêts, et il faudrait aussi une disposition expresse pour que le juge fût autorisé à les accorder au gérant d'affaires (1).

L'identité que Troplong établit entre la gestion d'affaires et le mandat, en ce qui concerne les intérêts, peut aussi être contestée. C'est un ami qui prend l'initiative pour gérer les intérêts de son ami absent. La gestion d'affaires équipolle au mandat quand, dès le principe, le gérant fait ce que le maître lui-même aurait fait s'il avait été présent; dès lors le gérant a contre le maître le même droit que le mandataire a contre le mandant. Voilà l'analogie; mais il faut ajouter que le droit du gérant est plus compromettant pour le maître que le droit du mandataire. Le mandataire ne fait qu'exécuter les volontés du mandant, c'est le mandant lui-même qui agit, il ne peut donc jamais se plaindre de ce que le mandataire a fait dans les limites de son mandat. Il n'en est pas de même du gérant. Sa gestion est utile, s'il fait une affaire que le maître aurait faite, mais il peut dépenser, dans le cours de sa gestion, ce que le maître n'aurait pas dépensé, il aura néanmoins droit au remboursement de dépenses que peut-être le maître n'aurait pas voulu faire, non parce qu'elles ne sont pas utiles, mais parce que le maître aurait reculé devant la dépense. Il est déjà très-dur pour le maître de devoir rembourser le capital, il serait plus dur encore de l'obliger à payer les intérêts.

20. Il nous reste à constater le dernier état de la juris-

(1) Troplong, *Du mandat*, n°s 680 et 681, suivi par Pont, t. I, p. 579, n° 1098.

prudence. La question s'est présentée deux fois devant la cour de cassation; chaque fois elle a alloué les intérêts au gérant d'affaires, mais elle l'a fait par le motif que la prétendue gestion d'affaires était en réalité un mandat tacite. Dans le premier arrêt, la cour pose en principe que les règles du mandat sont généralement applicables à la gestion des affaires d'autrui, lorsqu'elle a été approuvée et ratifiée. C'est, en d'autres termes, le vieil adage que la ratification équivaut au mandat. Dès lors nous ne sommes plus dans le cas de la gestion proprement dite. Dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait en fait que la gestion par suite de laquelle le gérant avait fait des avances était le résultat d'un accord passé avec le maître et avait de plus été ratifiée par ce dernier. Ce n'est même pas là une gestion ratifiée, c'est un véritable mandat tacite, si l'accord était tacite. Donc l'article 2001 était applicable (1).

Dans le second arrêt, la cour de cassation écarte expressément notre question. « Sans qu'il soit nécessaire, dit-elle, d'examiner si, en thèse générale, l'article 2001 est applicable aux avances faites par le gérant d'affaires. » Dans l'espèce, il était déclaré en fait, tant par le jugement de première instance que par l'arrêt attaqué, que les constructions faites par le gérant l'avaient été avec le plein assentiment du maître et approuvées par lui; il était de plus constaté qu'elles avaient été faites en exécution et comme conséquence d'un traité formel. La cour en conclut que, dans ces circonstances, il y avait mandat tacite, ou tout au moins la ratification formelle de la gestion d'affaires : dès lors l'arrêt attaqué devait appliquer l'article 2001 (2). On peut reprocher à la décision de la cour de cassation de n'être pas assez précise; elle ne dit pas si le fait qui avait donné lieu au procès était un mandat exprès ou un mandat tacite. Mais peu importe, ce n'était pas une gestion d'affaires, la cour le déclare. Donc on ne peut pas dire que la jurisprudence de la cour de cassation soit contraire à notre opinion (3).

(1) Rejet, 7 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 165).
(2) Rejet, 6 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 251).
(3) Il y a des arrets récents de cours d'appel en sens contraire, mais sans

21. Le mode de calculer les intérêts a donné lieu à une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation. Il n'est pas toujours nécessaire que le mandataire réclame les intérêts par voie d'action; il peut imputer les sommes par lui reçues pour le mandant sur les intérêts des avances, avant de les imputer sur le capital. On a contesté la légalité de ce mode d'imputation ou de payement. La cour de cassation s'est prononcée pour la légalité. Dans l'espèce, les avances étaient certaines, liquides, et les intérêts étaient dus en vertu de la loi à partir du jour, également certain, où elles avaient eu lieu. Le mandataire compensa les intérêts de ses avances avec les sommes qu'il recevait pour le mandant, au fur et à mesure du recouvrement. L'arrêt attaqué et, sur le pourvoi, la cour de cassation décidèrent que le mandataire était dans son droit. Sans doute, dit la cour de Metz, il eût été plus avantageux au mandant que l'imputation se fît sur le capital des avances en laissant dus les intérêts échus, lesquels ne sont pas productifs d'intérêts; mais le mandant ne peut pas obliger le mandataire à procéder ainsi; il a droit aux intérêts au moment où il fait une recette, il peut donc imputer les sommes qu'il reçoit sur les intérêts. Seulement, en procédant ainsi, il doit éviter l'anatocisme que la loi défend; il doit donc avoir soin, si l'à-compte ne suffit pas pour solder les intérêts échus, de porter dans une colonne morte la portion d'intérêts qui n'est pas acquittée, afin que celle-ci ne produise pas d'intérêts (1).

§ III. *Payement du salaire.*

22. Aux termes de l'article 1999, le mandant doit payer au mandataire ses salaires s'il en a été promis. La loi met le salaire sur la même ligne que les avances et les frais, toutefois l'article 2001 établit une différence importante

motifs. Pau, 30 novembre 1869 (Dalloz, 1874, 5, 284); Liége, 21 octobre 1873 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 16).

(1) Metz, 12 février 1867, et Rejet, 23 novembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 131).

entre ces deux créances; les avances portent intérêt de plein droit, tandis que les salaires restent sous l'empire du droit commun, ils ne portent donc intérêt que du jour de la demande. Le motif pour lequel la loi accorde les intérêts au mandataire pour les avances qu'il fait ne reçoit pas d'application au salaire. Elle ne veut pas que le mandataire soit en perte; lors donc qu'il est privé de la jouissance de la somme qu'il avance pour le mandant, il est juste que le mandant lui en tienne compte. Cela suppose que la somme est prise dans le patrimoine du mandataire; or, il n'en est pas ainsi du salaire, c'est un gain pour le mandataire; il n'est privé de la jouissance de ce gain que lorsqu'il le réclame; on doit donc appliquer au salaire la règle générale qui régit les intérêts : ils ne sont dus que du jour de la demande.

La jurisprudence applique ce principe au notaire, qu'elle considère comme un mandataire alors même qu'il ne fait que remplir ses fonctions notariales. Elle lui accorde en conséquence l'intérêt de ses avances (n° 17), mais elle ne lui donne pas l'intérêt de ses honoraires (1). Dans notre opinion, le notaire, comme tel, n'est pas un mandataire. Cela importe peu pour la décision de notre question; il reste en tout cas sous l'empire du droit commun en ce qui concerne les intérêts de ses honoraires; ils ne lui sont pas dus comme fonctionnaire, puisque la loi ne les lui accorde pas, et elle les lui refuse, alors même qu'il serait mandataire (art. 2001).

23. La doctrine et la jurisprudence admettent encore une autre différence entre le salaire et les avances. Nous avons dit plus haut que, dans l'opinion générale, le salaire stipulé par le mandataire peut être réduit si les tribunaux le trouvent excessif; tandis que le mandant ne peut pas, en général, faire réduire le montant des frais et avances: l'article 1999 le dit. Cette disposition a fourni un argument à l'opinion générale concernant la réduction du salaire. La loi, dans son premier alinéa, oblige le mandant à rembourser les avances et à payer le salaire; dans le second

(1) Riom, 8 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 374, 2°).

alinéa, elle déclare que les avances ne peuvent être réduites; elle ne dit pas que le salaire ne peut être réduit, ce qui marque l'intention du législateur de permettre la réduction du salaire (1). L'argumentation est d'une faiblesse extrême, comme tous les raisonnements que l'on fonde sur le silence de la loi. En réalité, il n'y a pas de différence, au point de vue de l'opinion générale, entre les avances et le salaire; en effet, les frais peuvent aussi être réduits quand ils sont excessifs. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il y a une différence entre le salaire et les avances; celles-ci peuvent être réduites quand elles sont excessives, tandis que le salaire ne peut pas être réduit pour cause d'excès. Cette différence s'explique très-facilement. Le salaire est dû en vertu d'une convention; or, les conventions tiennent lieu de loi aux parties et aux juges; ce qui exclut toute modification et, par conséquent, toute réduction du salaire convenu. Il n'en est pas de même des avances; les parties, on le suppose, n'ont fait aucune convention relative aux frais; dès lors elles restent soumises au droit commun, d'après lequel le mandataire ne peut pas réclamer des frais qui sont dus à sa faute, et il y a faute quand il fait des frais excessifs.

21. D'après l'article 1999, le salaire doit être payé lorsqu'il en a été promis. C'est la loi du contrat et elle doit recevoir son application. On a contesté le principe dans l'espèce suivante. Un mandataire est chargé de vendre un domaine; le mandant lui promet une somme de 1,200 francs pour honoraires, dans le cas où la vente aurait lieu. Plus tard la convention fut modifiée en ce sens que le mandant promit une somme de 2,500 francs si le mandataire parvenait à échanger le domaine contre un château du voisinage. La négociation réussit, l'échange eut lieu; néanmoins le mandant refusa de payer les honoraires promis, par le motif que le mandataire avait aussi été chargé par l'autre partie contractante de négocier l'échange, et que de ce chef il lui avait été promis une somme de 2,000 francs. Recevant pour la même affaire un salaire des deux parties, dont

(1) Pont, t. I, p. 583, n° 1109.

les intérêts étaient nécessairement opposés, n'en résultait-il pas qu'il devait nuire à l'une ou à l'autre, et peut-être à toutes les deux? Telle était la prétention du premier mandant; elle ne fut pas accueillie. Si, dit la cour de Lyon, le mandataire avait eu le pouvoir de consommer l'échange sans l'intervention des mandants, on aurait pu dire qu'il avait négligé les intérêts de l'un d'eux; encore le mandant aurait-il dû prouver le préjudice qu'il souffrait par la faute du mandataire; si cette preuve avait été faite, il aurait pu demander l'application de l'article 1999, deuxième alinéa, qui prévoit le cas de faute. Dans l'espèce, le mandant fondait sa demande uniquement sur l'existence de deux mandats; mais ces deux mandats et la négociation qui avait eu lieu ne liaient pas les mandants; ils étaient libres de ne pas échanger ou de modifier le projet d'échange; c'est ce qu'ils firent. Cela excluait tout préjudice, donc toute faute, et partant, la convention concernant le salaire devait être exécutée (1).

25. L'article 1999, 2e alinéa, porte : « *S'il n'y a aucune faute* imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de payer le salaire, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. » Nous avons déjà expliqué cette disposition dans l'application que la loi en fait aux avances (n° 8). En ce qui concerne le salaire, l'application ne souffre aucune difficulté. Il y a faute de la part du mandataire quand il ne fait pas ce qu'il s'était obligé de faire, ou quand il le fait mal; or, peut-il réclamer un salaire qui lui a été accordé pour faire une chose, alors qu'il ne l'a point faite? Ce serait réclamer le salaire sans cause, puisque la cause du salaire, c'est l'engagement contracté par le mandataire. Il en serait de même si le mandataire avait mal rempli son mandat. Ici cependant il y a des nuances, un plus et un moins. Chacune des parties a son obligation; le mandataire doit gérer l'affaire et le mandant doit payer le salaire. Si le mandat est exécuté, mais mal, le mandataire sera tenu des dommages-intérêts pour sa faute; ces dommages-intérêts viendront en déduction du salaire, ils peu-

(1) Lyon, 9 août 1843 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 333).

vent même dépasser le salaire; dans ce cas, il va de soi que le droit au salaire devient inefficace.

Nous citerons un exemple emprunté à la jurisprudence. Un ancien émigré chargea un mandataire de recouvrer l'indemnité à laquelle il avait droit, en vertu de la loi de 1825; la convention stipulait un salaire de 5 pour 100 sur le montant de l'indemnité. Celle-ci fut fixée à 70,025 francs. Le mandant refusa de payer les honoraires convenus, parce que le mandataire n'avait rien fait pour la liquidation de sa créance, toutes les démarches ayant été faites par son gendre. Cette défense fut accueillie par la cour de Paris, et sur pourvoi, par la cour de cassation. La chambre des requêtes dit très-bien que, en droit, le mandataire qui n'a rien fait pour l'accomplissement du mandat par lui accepté, non-seulement n'a pas d'action pour réclamer son salaire, mais qu'il répond encore des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution. Or, il était déclaré par l'arrêt attaqué que le mandataire n'avait justifié d'aucuns soins ni démarches, ni fait aucunes avances pour l'exécution du mandat qu'il avait accepté; de sorte que le mandant avait été obligé de choisir un nouveau mandataire pour obtenir la liquidation de son indemnité. Que répondait le mandataire? Que le salaire lui était dû par cela seul que la liquidation était terminée. Réponse dérisoire! Le salaire est convenu, non pour ne rien faire, mais pour faire, il faut donc que la chose se fasse par le mandataire, si elle se fait sans lui et par les démarches d'une autre personne, il y a inexécution du mandat, et ce n'est pas pour l'inexécution du mandat que le salaire est promis (1).

26. A plus forte raison le mandataire ne peut-il réclamer son salaire quand il est coupable de dol. Nous avons rapporté plus haut la scandaleuse affaire dans laquelle trois mandataires, de complicité, avaient trompé des personnes appelées à une succession, en leur faisant accroire qu'il y avait des difficultés, alors qu'il n'y en avait aucune. Les mandataires osèrent néanmoins réclamer leur salaire, comme s'il pouvait y avoir un salaire du dol! La cour de

(1) Rejet, 4 novembre 1834 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 341, 1°). Comparez Bordeaux, 19 novembre 1826 (Dalloz, *ibid.*, n° 341, 2°).



cassation répond que la procuration même qu'ils avaient surprise par dol étant viciée et nulle, la convention du salaire tombait avec le mandat, et qu'il ne restait plus, à l'égard des prétendus mandataires, que le fait de s'être immiscés dans les affaires d'autrui, fait accompli non dans l'intérêt des mandants, mais pour le profit personnel des demandeurs, ce qui exclut absolument toute idée de salaire et d'honoraires (1).

27. Que faut-il décider si le mandat n'a pu être rempli par un fait indépendant de la volonté du mandataire, un cas fortuit, une maladie? Nous supposons un mandat proprement dit, c'est-à-dire une affaire dans laquelle le mandataire représente le mandant. Il faut donc écarter les exemples que Troplong emprunte au droit romain, d'un professeur ou d'un avocat (2); ce n'est pas là un mandat, c'est un louage d'ouvrage (3). Nous renvoyons la solution de ces questions au titre du *Louage*. Cette opinion blesse des préjugés traditionnels; nous croyons y avoir répondu, il est inutile de renouveler le débat.

Quant au mandat véritable, tel que celui d'un avoué, la question de savoir quel est le droit de l'avoué, lorsqu'un cas fortuit ou de force majeure l'empêche d'accomplir son mandat, doit être résolue par des distinctions. Si l'avoué n'a encore rien fait, au moment où l'empêchement survient, il est libéré de son obligation et il ne peut réclamer aucun salaire; cela est d'évidence. Si, comme c'est l'usage, le client avait consigné d'avance une somme destinée à couvrir les frais, avances ou honoraires, pourrait-il répéter ce qu'il a payé? L'affirmative nous paraît certaine, quoi qu'en disent les jurisconsultes romains et Troplong après eux. Nous ne sommes plus régis par le Digeste, nous sommes sous l'empire du code civil. Et que dit le code? Que celui qui paye ce qu'il ne doit point peut répéter ce qu'il a indûment payé (art. 1235). Or, le client qui consigne une somme entre les mains de l'avoué, le fait en vue de l'affaire dans laquelle l'avoué doit le représenter, c'est un payement an-

(1) Rejet, 7 août 1837 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 75).
(2) Troplong, *Du mandat*, nos 641-651.
(3) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, n° 333, p. 374.

ticipé; or, il n'y a pas de payement sans dette, dit la loi, et il ne peut pas y avoir de dette née d'un mandat, quand le mandataire a été dans l'impossibilité de remplir le mandat.

Si l'empêchement survient pendant la durée du mandat, et alors qu'il y a un commencement d'exécution, le mandataire pourra-t-il réclamer tout le salaire? Il est certain que l'avoué ne pourrait réclamer que les frais et les avances qu'il aurait faits; et si le client avait consigné une somme supérieure, il pourrait répéter ce qui excède la dépense réelle, car l'excédant est un payement indû. Ne faut-il pas en dire autant du salaire? A notre avis, oui. La loi met le salaire du mandataire sur la même ligne que les avances, sauf que le salaire ne porte pas intérêt de plein droit. Et il n'y a aucune raison d'accorder au mandataire le salaire complet, alors qu'il n'a accompli qu'en partie le mandat, car c'est pour l'accomplissement total que le salaire a été stipulé. Nous ajoutons que si le salaire avait été consigné d'avance, le mandant pourrait le répéter en partie. On prétend que cette répétition serait peu favorablement accueillie (1). Nous demanderons de quel droit les juges rejetteraient une demande qui a pour elle le texte et l'esprit de la loi?

Il y a plutôt un motif de douter en ce qui concerne le droit du mandataire à une partie de son salaire. Dans l'exemple que nous avons choisi, le droit du mandataire n'est guère douteux, puisque l'exécution partielle du mandat profite au mandant. Mais s'il s'agissait d'un fait indivisible, dont la prestation doit être complète pour qu'il y ait exécution, et dont la prestation partielle ne se conçoit même pas, nous croyons que le mandataire n'aurait droit à aucun salaire. C'est l'application du droit commun. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*, au chapitre de l'extinction des obligations par l'effet du cas fortuit (t. XVIII, n° 509).

28. La révocation du mandat salarié donne aussi lieu à quelque difficulté. Si la révocation a lieu pour cause de

(1) Pont, t. I, p. 582, n° 1106, d'après Troplong.

négligence, il est certain que le mandataire ne peut pas réclamer de salaire; ce cas rentre, en réalité, dans l'application de l'article 1999; en cas de faute, le mandataire ne peut pas réclamer de salaire; or, dans l'espèce, la faute est constatée par le fait de la révocation du mandat. La cour d'Agen l'a jugé ainsi, dans des termes assez peu juridiques : nous n'insisterons pas sur les vices de rédaction, l'arrêt étant très-ancien; au fond, la cour a bien jugé. Le mandataire était chargé, moyennant une indemnité de 1,500 francs, de poursuivre un procès. La cour n'a pas tort de flétrir l'indélicatesse d'un homme revêtu d'un caractère public, qui stipulait un salaire avec cette clause qu'il aurait droit à l'indemnité, même quand il ne ferait aucune diligence. Ce ne serait plus là un mandat, ce serait une libéralité; or, l'intention des mandants n'était point de gratifier le mandataire; la convention était donc nulle sous tous les rapports. De fait, le mandataire ne fit rien, sinon deux exploits dont il pouvait répéter les frais; du reste aucune diligence; il ne pouvait donc rien réclamer à titre de mandataire, et il n'essaya pas même de faire passer le mandat pour une libéralité (1).

Il est arrivé qu'un mandataire révoqué a continué sa gestion après la révocation. A-t-il droit, de ce chef, à une indemnité? La cour de Bruxelles a décidé la question négativement, et avec raison. Il n'y avait plus de mandat, puisqu'il était révoqué; il n'y avait pas de gestion d'affaires, puisque le maître avait manifesté la volonté que le mandataire cessât de gérer. Il pouvait seulement y avoir une action *de in rem verso*, action fondée sur ce principe d'équité, que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui; or, dans l'espèce, le mandant ne s'était point enrichi aux dépens du gérant, puisque au moment où il révoquait les pouvoirs du premier mandataire, il en constituait un second également salarié; partant, la gestion du mandataire révoqué ne lui profitait en rien (2).

29. Le mandant peut-il retenir le salaire jusqu'à la red-

(1) Agen, 20 novembre 1811 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 347).
(2) Bruxelles, 24 février 1810 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 445, 1°).

dition de compte? Il a été jugé qu'il n'avait point ce droit (1). En effet, les deux obligations ne dépendent point l'une de l'autre. Quand le compte se rend-il? Lorsque la gestion est terminée, et dès que la gestion est terminée, le mandataire a droit à son salaire. Le mandant pourrait-il, dans ce cas, exiger caution? On l'enseigne (2); cela nous parait douteux; il n'y a d'autre cautionnement que celui que les parties contractantes stipulent et celui que la loi ordonne; or, dans l'espèce, il n'y a ni cautionnement stipulé, ni cautionnement légal; ce qui nous paraît décisif.

30. Quelle est la durée de l'action du mandataire en payement de son salaire? De droit commun, elle dure trente ans. Il y a des exceptions. L'action des avoués contre leurs clients est limitée à deux ans (art. 2273). Celle des huissiers ne dure qu'un an, pour le salaire des actes qu'ils signifient et des commissions qu'ils exécutent. La disposition de l'article 2272 ne déroge pas au droit commun en ce qui concerne le salaire, car il leur est dû en leur qualité d'officiers ministériels; or, à ce titre, ils ne sont pas mandataires. On ne peut pas dire qu'ils représentent les parties; ils agissent en qualité d'officiers publics, et en cette qualité ils ne sont pas mandataires (3).

§ IV. *De l'indemnité pour pertes.*

31. « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable » (art. 2000). On conçoit que le mandataire ait une action en indemnité pour les pertes que l'exécution du mandat lui fait éprouver, car il est de principe qu'il ne peut être en perte à raison d'une affaire qui n'intéresse que le mandant. Mais l'application du principe fait naître une difficulté que les auteurs du code ont décidée contrairement à la doctrine de Pothier. D'après Pothier, il fallait distinguer : le mandat est-il la *cause* de la perte que souffre le mandataire, il a

(1) Rennes, 9 avril 1827 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 72).
(2) Pont, t. I, p. 589, n° 1119.
(3) Pont, t. I, p. 590, n° 1120.

droit à une indemnité; mais il ne peut pas demander à être indemnisé des pertes qu'il éprouve à l'*occasion* du mandat. C'est l'application des règles générales que la loi suit en matière de dommages-intérêts; le débiteur, même de mauvaise foi, n'est pas tenu des dommages-intérêts occasionnels, par la raison que ces dommages-intérêts ne lui sont pas imputables. Pourquoi la loi oblige-t-elle le mandant à réparer une perte éprouvée par le mandataire, alors que cette perte n'est due à aucune faute, et qu'elle ne vient pas même du mandat? On dit que le service que le mandataire rend au mandant ne doit pas lui devenir préjudiciable. Ce motif s'appliquerait tout au plus au mandat gratuit, et l'article 2001 reçoit aussi son application au mandat salarié, puisqu'il ne distingue pas. Et alors même que le mandat est gratuit, il est difficile de justifier la loi. Pothier, qui donnait tant à l'équité, n'admettait point que le mandataire eût action pour un dommage occasionnel (1).

Le législateur a suivi, en ce point, Domat; nous transcrivons ses paroles. « Si un procureur constitué, dit-il, souffre quelque perte ou quelque dommage à l'*occasion* de l'affaire dont il est chargé, on jugera par les circonstances si la peine devra tomber sur lui ou sur celui dont il faisait l'affaire, ce qui dépendra de la qualité de l'ordre qu'il fallait exécuter, du péril, s'il y en avait, de la nature de l'événement qui a causé la perte, de la liaison de cet événement à l'ordre qu'on exécutait, du rapport de la chose perdue ou du dommage souffert à l'affaire qui en a été l'occasion, et des autres circonstances qui peuvent charger l'un ou l'autre de la perte ou l'en décharger. Sur quoi il faut balancer la considération de l'équité et les sentiments d'humanité que doit avoir celui dont l'intérêt a été une *cause* ou une *occasion* de perte à un autre (2). » On voit que Domat est moins absolu que le code; il apporte bien des réserves et des restrictions au principe qu'il établit et, en définitive, il abandonne la solution à l'arbitraire du juge, puisque tout dépend des circonstances de la cause que le

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 76. Duranton, t. XVIII, p. 273, n° 279. Pont, t. I, p. 579, n° 1113, et p. 588, n° 1116.
(2) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XV, sect. II, n° VI.

juge apprécie souverainement. Les auteurs du code auront pensé que mieux valait laisser de côté toutes ces réserves et décider en principe que le mandant est tenu des dommages-intérêts occasionnels.

32. Nous empruntons une application à la jurisprudence. Un employé d'une compagnie de chemins de fer, voulant, dans le trajet d'un train, faire asseoir les ouvriers placés sous sa surveillance, et qui se tenaient debout sur des waggons chargés de sable, contrairement aux règlements, tomba sur la voie et fut grièvement blessé. Il réclama des dommages-intérêts. Le tribunal de la Seine rejeta sa demande : quelque digne d'éloges, dit le jugement, qu'ait été la conduite de cet employé, il ne saurait y avoir lieu à responsabilité de la part de la compagnie défenderesse. Le demandeur avait invoqué l'article 1384, et cette disposition n'était pas applicable à l'espèce. En appel, il changea de système, et se prévalut de l'article 2000; la cour lui donna gain de cause. L'arrêt commence par constater les faits : l'employé avait été victime de l'élan généreux qui le poussa à affronter un grand danger pour lui-même, afin de préserver les ouvriers qu'il avait sous sa direction et qu'il était chargé de surveiller. La cour convient que l'article 1384 ne pouvait pas recevoir d'application à l'espèce, puisque le dommage causé à l'employé ne l'avait pas été par les préposés ou même par les ouvriers de la compagnie, dans les fonctions auxquelles elle les employait. Mais l'article 2000 était applicable. En effet, l'employé agissait contre la compagnie comme mandataire de celle-ci; il avait souffert un préjudice à l'occasion de l'exercice de son mandat, il devait en être indemnisé si aucune imprudence ne lui était imputable. C'est sur ce dernier point qu'il y avait un doute; la cour établit, par l'examen des faits, que l'employé n'avait commis aucune imprudence; en conséquence, elle condamna la compagnie à payer à l'employé une rente viagère de 800 francs (1).

(1) Paris, 14 août 1852 (Dalloz, 1853, 2, 75).

§ V. *De la solidarité des comandants.*

33. « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat » (art. 2002). Cette disposition a été empruntée à l'ancien droit (1). Peut-être les auteurs du code n'ont-ils pas réfléchi que, dans l'ancien droit, le mandat était essentiellement gratuit; ce caractère du mandat devait avoir pour conséquence de mettre le mandataire à l'abri de tout préjudice en lui donnant une action solidaire contre chacun des mandants, sauf aux mandants à répartir entre eux la dette qui est à leur charge. Mais, d'après le code civil, le mandat peut être salarié, et, en fait, le mandataire reçoit régulièrement une rémunération, pour peu que le mandat ait quelque importance. Or, quand le mandat est salarié, on ne voit plus de raison de différence entre ce contrat et les autres contrats à titre onéreux. Pourquoi les comandants sont-ils tenus solidairement de leurs obligations plutôt que les covendeurs ou les colocateurs (2)? La disposition de l'article 2002 est donc exceptionnelle à tous égards. Elle est exceptionnelle en ce sens que la solidarité est établie par la loi; or, la solidarité légale est de stricte interprétation, on ne peut l'étendre, fût-ce par voie d'analogie. L'article 2002 a encore un caractère exceptionnel en ce sens qu'il applique au mandat salarié ce que l'ancien droit avait établi en faveur du mandat gratuit, il déroge au droit commun qui régit les contrats à titre onéreux; c'est un nouveau motif d'en limiter l'application au cas prévu par la loi.

34. Quelles sont les conditions requises pour que le mandataire ait une action solidaire contre les mandants? Il ne suffit pas qu'il y ait plusieurs mandants, il faut qu'il y ait un lien entre ces mandants. De là suit que l'on doit appliquer les principes généraux qui régissent les obligations solidaires. Nous renvoyons, quant aux principes, au titre

(1) Voyez les témoignages dans Pont, t. I, p. 591, n° 1123.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 275, n° 271.



des *Obligations*. Par application de ces principes, il faut décider que les divers mandants doivent s'obliger par le même acte pour qu'il y ait solidarité entre eux; s'ils s'obligent par des actes différents, la diversité du temps où ils auront traité aura pour effet qu'il y a autant de mandats différents que de mandants; la solidarité ne pourrait exister entre eux qu'en vertu d'une convention; mais elle n'existe pas en vertu de la loi, puisque la loi suppose des comandants, donc un lien entre les mandants; partant une seule et même convention, en vertu de laquelle deux ou plusieurs personnes donnent mandat à une autre de faire quelque chose en leur nom (1).

35. L'article 2002 consacre une conséquence des mêmes principes : il faut que le mandat ait été donné pour une affaire commune aux divers mandants. Si donc le mandat avait été donné par un même acte, par les mêmes personnes et à un seul mandataire, mais que parmi les mandants il y en eût qui eussent des intérêts divers, opposés, il n'y aurait pas de solidarité entre les mandants,, puisqu'il n'y aurait aucun lien entre eux. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation. Il y avait une succession à partager; l'un des héritiers, demandeur en partage, donna mandat à cet effet à une personne qui était également chargée des intérêts des héritiers défendeurs. Y avait-il une *affaire commune?* Le partage, il est vrai, constitue un intérêt qui est commun à tous les héritiers; mais cela n'empêche pas, quand il y a une action en partage, qu'il y ait des intérêts différents, opposés; s'il n'y en avait pas, les héritiers auraient procédé à un partage de gré à gré. En fait, la cour constate qu'il y avait opposition d'intérêts; dès lors l'affaire n'était pas commune, et partant il n'y avait pas de solidarité (2).

36. L'article 2002 s'applique à l'avoué chargé par plusieurs personnes de les représenter dans un procès qui leur est commun. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une

(1) Pont, t. I, p. 592, n° 1125. Comparez Rejet, 11 février 1834 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 157, 3°), qui paraît contraire : la question n'a pas été soulevée dans l'espèce.

(2) Rejet, 12 mars 1833 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 379) Comparez Rejet, 11 février 1834 (Dalloz, *ibid.*, n° 157, 3°), et 7 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 259).

espèce où vingt-deux tenanciers avaient nommé un syndic, en déclarant vouloir agir dans le procès au sujet duquel ils s'étaient unis, conjointement et individuellement, attendu la communion de leurs intérêts; l'acte ne stipulait pas de solidarité. L'avoué intenta une action contre le syndic et les vingt-deux tenanciers pour les faire condamner solidairement à payer les frais qui lui étaient dus. La cour lui adjugea ses conclusions par un arrêt assez singulièrement motivé. Elle commence par invoquer l'article 1222, qui règle les effets de l'obligation indivisible. Y avait-il indivisibilité dans l'espèce? Un intérêt commun ne suffit pas pour engendrer l'indivisibilité. Le demandeur invoquait l'article 2002, et l'application de cet article n'était pas douteuse; la cour le dit; dès lors il était inutile de recourir aux principes de l'indivisibilité (1).

37. La jurisprudence applique aussi l'article 2002 au notaire chargé par plusieurs personnes de la rédaction d'un acte qui leur est commun. Il est de jurisprudence constante, dit la cour de Riom, que les parties qui se présentent devant un notaire pour lui faire rédiger leurs conventions lui donnent par cela même le mandat de stipuler leurs intérêts, et s'obligent, par conséquent, à lui payer solidairement les avances qu'il peut avoir faites et les honoraires qui peuvent lui être dus (2). Nous avons dit à plusieurs reprises que le notaire qui agit comme fonctionnaire public chargé de donner l'authenticité aux actes par lui reçus, n'est pas un mandataire; ce qui est évident si l'on admet que le mandat implique une représentation du mandant par le mandataire. C'est ce que M. Pont établit parfaitement. Mais, tout en enseignant que les notaires ne sont pas mandataires, il croit qu'ils ont une action solidaire contre les parties pour lesquelles ils instrumentent. La raison en est, dit-il, que le contrat qui intervient entre le notaire et les parties, s'il n'est pas un mandat proprement dit, est néanmoins une convention qui tient plus du mandat que du

(1) Grenoble, 23 mars 1829 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 374, 1°). Aubry et Rau, t. IV, p. 649, note 12, § 414.

(2) Riom, 8 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 374, 2°). Comparez les arrêts cités par Pont, t. I, p. 593, note 8.

louage d'ouvrage, il est donc convenable de lui appliquer des principes semblables à ceux du mandat (1). Cela nous paraît tout à fait inadmissible. Dès qu'il n'y a pas de mandat, l'article 2002 ne peut recevoir d'application. L'étendre à une autre convention, sous prétexte d'analogie, c'est étendre une disposition exceptionnelle; ce qui n'est pas permis à l'interprète. Nous disons sous prétexte d'analogie, car l'analogie n'existe point, une fois que l'on admet que la représentation du mandant par le mandataire est de l'essence du mandat. Il faut donc s'en tenir strictement à la loi : sans mandat, il ne saurait y avoir une responsabilité solidaire qui a son fondement dans le mandat.

38. L'article 2002 s'applique-t-il aux arbitres? Il y a un arrêt très-bien motivé de la cour de Montpellier qui décide que les arbitres forcés, c'est-à-dire ceux qui sont nommés en vertu de l'ancien code de commerce pour juger les différends des associés, sont des juges; que leur ministère est gratuit; que, par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 2002. Sur le pourvoi, la cour de cassation a décidé que les arbitres nommés en exécution de l'article 51 du code de commerce participent au caractère de juges, et qu'aucune loi ne les autorise à exiger des parties un salaire à raison de cette fonction. Mais la cour admet que les arbitres forcés sont des mandataires quand ils font des avances pour les parties qui, en leur qualité d'associés, sont tenus solidairement des dettes (2). La cour déclare donc l'article 2002 applicable à des arbitres qui font fonction de juges. Il nous semble que les deux principes consacrés par la cour de cassation sont contradictoires. Si les arbitres sont des juges, ils remplissent un ministère social; dès lors il est impossible qu'ils soient les mandataires des parties; ils sont, dans notre ordre constitutionnel, investis d'un des grands pouvoirs, à titre de délégués de la souveraineté nationale. La contradiction est encore plus manifeste, si l'on admet que le mandat implique la représentation du man-

(1) Pont, t. I, p. 593, n° 1126. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV p. 649, note 12, § 414.
(2) Montpellier, 30 juin 1827, et Cassation, 17 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1351.

dant par le mandataire; conçoit-on que les mandants jugent leurs différends par l'intermédiaire des mandataires? Cela n'a pas de sens.

Si l'on admet, avec la cour de cassation, que les arbitres forcés sont les mandataires des parties dans le sens de l'article 2002, il faut admettre, à plus forte raison, que les arbitres nommés par un compromis des parties sont des mandataires, et que, par suite, ils peuvent invoquer le bénéfice de la solidarité que la loi accorde au mandataire. Telle est, en effet, la jurisprudence (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la nature du mandat, les arbitres volontaires ne peuvent être considérés comme mandataires de ceux dont ils jugent les différends, pas plus que les arbitres forcés; volontaires ou forcés, les arbitres deviennent des juges, et nous ne comprenons pas que des juges représentent les parties plaidantes.

39. Les experts peuvent-ils invoquer le bénéfice de l'article 2002? La jurisprudence et la doctrine se prononcent, en général, pour l'affirmative. Il y a un arrêt ancien de la cour de Grenoble en sens contraire (2). C'est, à notre avis, la bonne opinion. La solidarité des mandataires est une exception aux principes généraux de droit; on doit donc la limiter au cas prévu par la loi. Or, la première condition requise pour qu'il y ait solidarité, c'est qu'il y ait des mandants; et peut-on dire que les parties plaidantes soient des mandants quand le juge nomme les experts d'office? Alors même que les parties les nomment, ils ne sont pas leurs mandataires, car on ne peut pas dire que les experts représentent les parties. Il y a une autre raison pour écarter l'article 2002; le mandat dont il parle est de pur intérêt privé, tandis que le ministère des experts se rattache à la distribution de la justice; et tous les offices judiciaires sont établis dans un intérêt général; rien de ce qui regarde la distribution de la justice ne peut être considéré comme un mandat émané des parties en cause. Ce qui confirme notre interprétation, c'est que le code de procédure (art. 319)

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Arbitrage*, n° 1354.

(2) Grenoble, 23 juin 1810 (Dalloz, 1848, 4, 258).



donne aux experts un moyen simple et expéditif d'obtenir le payement de ce qui leur est dû : il leur est délivré exécutoire des dépens taxés contre la partie qui a requis l'expertise.

Les motifs qu'on lit dans les arrêts qui consacrent l'opinion contraire témoignent, à notre avis, contre cette doctrine. On dit que l'expertise est toujours ordonnée dans l'intérêt de la justice. Rien de plus vrai; mais n'est-ce pas une raison décisive pour ne pas y voir un mandat? Est-ce que la distribution de la justice se fait en vertu d'un mandat que les parties donnent à ceux qui y concourent? On ajoute que le travail de l'expert n'est pas un louage d'ouvrage, parce que l'expert est investi par la loi de la haute mission de concilier les parties. Puis vient cette étrange conclusion qu'une semblable mission, qui participe en quelque sorte du pouvoir judiciaire, est un véritable mandat. Après avoir dit que c'est un véritable mandat, la cour de Rennes ajoute que toutes les règles du mandat ordinaire ne sont pas applicables à ce mandat judiciaire. Ainsi c'est un mandat et ce n'est pas un mandat. Comment savoir quelles sont les règles du mandat que l'on appliquera à cette espèce de mandat et quelles sont celles que l'on n'appliquera pas? On procédera par analogie, répond la cour; donc on doit appliquer aux parties en cause la disposition de l'article 2002 (1). Notre conclusion, même en admettant le point de départ, serait contraire. L'article 2002 est une disposition qui ne peut pas s'étendre par analogie, puisqu'elle est exorbitante du droit commun.

40. Les syndics ou agents d'une faillite sont des mandataires, ils sont nommés dans un intérêt commun. En faut-il conclure qu'ils peuvent invoquer le bénéfice de l'article 2002 contre les créanciers? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative, et avec raison, nous semble-t-il. Elle donne comme motif que les syndics ne sont pas nommés par les créanciers, considérés individuellement; les créanciers d'une faillite n'ont pas de droit individuel, ils

(1) Rennes, 25 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 2, 158, et les autorités citées en note). Comparez Pont, t. I, p. 593, notes 6 et 7.

forment une masse qui est représentée par le syndic, mais on ne peut pas dire que le syndic représente les créanciers. La cour de Toulouse, dont la cour de cassation a confirmé l'arrêt, établit très-bien les différences qui distinguent le mandat du syndic du mandat qu'un créancier donne à un fondé de pouvoir. Celui-ci est libre, volontaire; il est donc juste que s'il est donné par plusieurs, tous les mandants soient soumis aux obligations qui résultent du mandat. Il n'en est pas ainsi des syndics; les créanciers d'un failli n'ont plus la gestion libre de leurs intérêts; la loi les constitue en une masse qui délibère et décide à la majorité, telle qu'elle est déterminée par la loi; les décisions de la masse lient la minorité. On peut ajouter que le mandat des syndics tient du mandat judiciaire, puisque la faillite est déclarée par un jugement et que l'administration est placée sous la surveillance d'un juge-commissaire. Il ne serait pas juste que des créanciers qui se sont trouvés en minorité fussent obligés solidairement en vertu d'une délibération prise malgré eux; et l'intérêt général qui est en jeu dans la gestion d'une faillite ne permet pas que l'on considère les créanciers comme agissant par l'intermédiaire des syndics nommés par la masse (1).

41. L'article 2002 est-il applicable aux mandataires légaux, tels que le tuteur qui gérerait les intérêts communs de plusieurs pupilles? La négative résulte du texte et de l'esprit de la loi. Du texte : l'article 2002 suppose qu'un mandataire est constitué par plusieurs personnes, ce qui implique un mandat conventionnel. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Nous avons dit que la solidarité que l'article 2002 établit est à tous égards exceptionnelle (n° 33); or, des dispositions exorbitantes du droit commun ne s'étendent pas, alors même qu'il y aurait analogie complète. Et cette identité de motifs n'existe même pas quand le mandat est légal. Ceux qui, ayant des intérêts communs, constituent un mandataire savent quelle sera la conséquence de leur mandat; ils peuvent, au besoin, déroger à la loi et

(1) Toulouse, 11 janvier 1836, et Rejet, 23 mai 1837 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 506). En sens contraire, Boulay-Paty, *Des faillites*, n° 33.

stipuler qu'ils ne seront pas tenus solidairement. Il n'en est pas ainsi du mandat légal, il est donné par la loi en faveur de mandants incapables; c'est donc la loi, et la loi seule qui détermine les droits et les obligations des parties; ce qui revient à dire que l'on applique le droit commun, à moins que la loi spéciale qui établit le mandat légal n'y déroge (1).

42. Que faut-il décider des gérants d'affaires? Si l'on admet notre principe d'interprétation (n° 33), la solution n'est point douteuse. La gestion d'affaires n'est pas un mandat; malgré l'analogie qui existe entre les deux faits juridiques, il y a des différences importantes, nous les avons signalées ailleurs. Cela décide la question; d'après notre principe, il n'y a pas même de question.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE ET DU MANDANT A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION I. — Des obligations du mandataire.

43. Pothier dit que le mandataire ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il traite en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé traiter, il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter. Cela suppose, comme Pothier le dit, que le mandataire a agi en cette qualité et en se renfermant dans les bornes de son mandat; s'il a agi en son nom personnel, ce n'est plus un mandataire qui traite; donc le mandant n'est pas représenté, et, par conséquent, ce n'est pas lui qui est censé contracter. De même, si le mandataire dépasse les limites de son pouvoir, il ne ren é-

(1) Pont, t. I, p. 595, n° 1129

sente plus le mandant, pas plus que s'il n'était pas mandataire; donc le mandant est hors de cause (1). Reste à savoir si, dans ce cas, le mandataire est obligé à l'égard des tiers; nous allons revenir sur ce point. Pour le moment, il s'agit du principe.

Pothier ne parle que des obligations que le mandataire contracte en vertu de son mandat. Le même principe s'applique aux droits qui naissent des contrats où figure le mandataire; il stipule au nom du mandant et pour lui, de même qu'il s'oblige au nom du mandant; et, comme intermédiaire, il ne peut pas plus exercer les droits qu'il n'est tenu des obligations. C'est le mandant qui stipule et qui s'oblige; c'est donc lui seul qui peut agir, comme lui seul peut être actionné.

Ces principes sont aussi ceux du code civil. La loi ne parle, en termes exprès, que des obligations du mandant à l'égard des tiers : il est tenu, dit l'article 1998, d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné. C'est dire implicitement que le mandataire n'est pas tenu de ces obligations; car lorsqu'un mandataire contracte, il ne s'oblige pas *avec* le mandant, il s'oblige en *son nom* et *pour lui* (art. 1984); il n'y a donc qu'un seul obligé, c'est celui qui parle au contrat; or, c'est le mandant qui y figure, ce n'est pas le mandataire.

L'article 1997 conduit à la même conséquence; il est ainsi conçu : « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qu'il a fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. » Ainsi le mandataire n'est pas même obligé à l'égard des tiers lorsqu'il dépasse les bornes de son mandat, pourvu que les tiers connaissent ces limites. C'est dire implicitement que le mandataire, comme tel, n'est jamais tenu à l'égard des tiers; s'il n'est pas tenu quand il excède ses pouvoirs, à plus forte raison ne l'est-il pas quand il reste dans les limites de son mandat.

44. La jurisprudence est en ce sens; il est inutile de

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 87.

citer des arrêts, puisque les principes sont certains et écrits dans la loi. Nous rapporterons une application faite dans une espèce où il se présentait un léger doute. Le mandat est très-souvent commercial; dans ce cas, il peut être douteux si celui qui a agi l'a fait comme mandataire, ou s'il a traité en son nom et pour son profit. L'article 220 prévoit la difficulté en ce qui concerne la femme mariée; il suppose que le mari est commerçant; la femme s'oblige pour le commerce de son mari : est-ce le mari qui sera tenu comme mandant? Oui, quand la femme ne fait que détailler, comme factrice, les marchandises du commerce de son mari. Mais si elle-même était marchande publique, et elle pourrait l'être à titre d'associée de son mari, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat de mariage*, dans ce cas elle serait personnellement obligée; car, agissant comme commerçante et pour le commerce de son mari, elle ne peut être tenue comme mandataire.

La même difficulté se présente dans le cas où le fils d'un commerçant contracte pour le commerce de son père; il peut être ou associé, ou mandataire; s'il est mandataire, c'est le père qui sera obligé par les actes que fera son fils; s'il est associé, il s'obligera personnellement. Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux qui applique ces principes. Le père, dans l'espèce, était commerçant et seul patenté comme tel; dans le contrat de mariage du fils, il était stipulé qu'il demeurerait attaché au commerce de son père; qu'il contribuerait par ses soins à le faire prospérer, mais sans y être associé en aucune manière, ni tenu d'aucune garantie, et qu'à titre d'indemnité il recevrait une somme de 500 francs par an. Aussi le fils avait-il l'habitude de signer les billets à ordre en ajoutant : *pour mon père*. Des marchands actionnèrent le fils en payement du prix de marchandises qu'ils lui avaient livrées; le père était tombé en faillite. Il a été jugé que le fils, dans les achats et ventes de marchandises, n'agissait qu'au nom et pour le compte de son père, dont il était le commis; cela décidait la question; le mandataire n'est pas obligé à l'égard des tiers (1).

(1) Bordeaux, 25 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 303, 4°). Comparez les autres arrêts rapportés par Dalloz, n° 303, 1°, 5° et 6°.

45. D'après l'article 1997, le mandataire est tenu, à l'égard des tiers avec lesquels il contracte, pour ce qu'il fait au delà de ses pouvoirs, s'il n'a pas donné à la partie avec laquelle il contracte une suffisante connaissance de son mandat. Dans ce cas, le mandataire agit comme tel; mais, en réalité, il est sans pouvoir; de sorte que les tiers qui traitent avec lui n'auront pas d'action contre le mandant; s'ils le poursuivaient, il leur opposerait l'article 1998, en vertu duquel il n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au delà du pouvoir qu'il a donné au mandataire. S'ils ont action contre le mandataire, c'est que celui-ci ne leur a pas donné connaissance du mandat; s'ils avaient eu connaissance du mandat, ils n'auraient pas traité avec le mandataire en cette qualité; le mandataire les a donc induits en erreur, c'est un fait dommageable dont il répond. La responsabilité consiste à être obligé personnellement, ce qui est très-logique. Car, en réalité, le mandataire n'a pas agi comme tel, puisqu'il était sans pouvoir; il a donc contracté personnellement, car il ne suffit pas de dire que l'on est mandataire, pour échapper à toute responsabilité; ayant contracté sans pouvoir, le prétendu mandataire a dû s'obliger personnellement; il ne pourrait prétendre le contraire qu'en avouant qu'il a trompé le tiers avec lequel il a contracté, ce qui serait un dol, et alors il serait tenu comme coupable d'un délit civil.

46. Si, au contraire, le mandataire a donné connaissance de son mandat au tiers avec lequel il a contracté, il ne sera pas obligé envers lui, alors même qu'il aurait dépassé les bornes de son mandat. La raison en est que, dans ce cas, le mandataire n'a pas contracté en son nom personnel, il a agi comme mandataire, mais comme mandataire sans pouvoir; la conséquence en sera que le tiers n'aura pas d'action contre le mandataire, car celui-ci n'est obligé, ni en vertu d'une convention, ni en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit. Le tiers pourra-t-il agir contre le mandant? Non, car celui-ci n'est pas lié par les actes que le mandataire fait sans pouvoir. Le tiers n'aura donc aucune action; il a traité dans l'espérance que le mandant ratifierait; la prudence lui conseillait de ne traiter que sous la condition

de cette ratification ; s'il s'est engagé sans condition aucune, donc il a traité, en réalité, à ses risques et périls, il doit supporter les conséquences de son imprudence (1).

47. Qui doit prouver que le mandataire a donné à la partie avec laquelle il a contracté une connaissance suffisante de ses pouvoirs? La question de savoir si le tiers avait ou non connaissance du mandat est très-importante, comme nous venons de le dire (nos 45, 46) ; lorsque le mandataire a dépassé les bornes de son mandat, le tiers qui connaît l'étendue de ses pouvoirs n'a aucune action, ni contre le mandataire, ni contre le mandant; tandis qu'il a une action contre le mandataire, si celui-ci ne lui a pas donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs. Et il est tout aussi important de savoir qui doit fournir la preuve de ce fait, le mandataire ou le tiers. A notre avis, il faut appliquer les principes généraux qui régissent la preuve, puisque la loi n'y déroge point. Or, c'est à celui qui allègue un fait que le fardeau de la preuve incombe. D'après cela, il faut dire, avec Delvincourt, que la preuve est à la charge du tiers qui soutient qu'il n'a pas eu une connaissance suffisante du mandat. C'est lui, en effet, qui agit, soit contre le mandant, soit contre le mandataire. Régulièrement il agira contre le mandant, puisque c'est avec lui qu'il a entendu traiter; le mandant, s'il ne veut pas ratifier l'acte, se bornera à répondre qu'il n'est pas lié, le mandataire ayant excédé les limites de son pouvoir. Ce fait étant établi, le tiers devra agir contre le mandataire, mais il n'a d'action contre lui que sous la condition que le mandataire l'a laissé dans l'ignorance des bornes de son mandat; c'est là le fondement de la demande du tiers contre le mandataire, il doit donc le prouver. En principe, le tiers n'a pas d'action contre le mandataire qui traite en cette qualité; il ne peut agir contre lui que si le mandataire est allé au delà de son mandat sans en prévenir le tiers; donc c'est au tiers à prouver que cette condition de son action existe. Il y a encore une autre considération en faveur de cette opinion. On

(1) Tarrible, Rapport, n° 9 (Locré, t. VII, p. 379). Cassation, 21 août 1843 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 305). Jugement du tribunal de Liége, 23 février 1850 (Dalloz, 1851. 5. 351).



admet comme principe que c'est à celui qui contracte avec une personne de s'informer de sa capacité; par la même raison, celui qui traite avec un mandataire doit s'informer de l'étendue de ses pouvoirs, car le tiers sait que si le mandataire dépasse ses pouvoirs, il n'aura aucune action; il doit donc, avant de traiter, demander que le mandataire lui fasse connaître ses pouvoirs, et se refuser de traiter tant qu'il n'a pas obtenu cette connaissance. S'il ne le fait pas, il commet une imprudence; or, c'est à celui qui commet une faute d'en supporter la peine. De là suit qu'il est juste de mettre à la charge du tiers le fardeau de la preuve.

On peut objecter que le mandataire aussi est en faute quand il ne donne pas connaissance de son mandat au tiers, alors qu'il dépasse les bornes de son mandat, et que, par cela seul qu'il traite comme mandataire, le tiers doit supposer qu'il reste dans les bornes de ses pouvoirs. Cela est vrai. Mais il ne faut pas oublier que le fait allégué par le tiers est douteux; le tiers prétend qu'il ne connaissait pas les termes du mandat, le mandataire soutient qu'il les connaissait. Il y a contestation : qui doit prouver le fait litigieux? Ceci n'est plus une question de faute; il peut y avoir faute, imprudence, négligence de part et d'autre. C'est une question de preuve; il faut donc appliquer les principes qui régissent la preuve. Les auteurs disent que la solution dépend des circonstances (1). Cela nous paraît difficile à admettre. N'est-ce pas confondre deux ordres d'idées qui, en cette matière, se tiennent, mais qui diffèrent néanmoins, la faute imputable aux parties et la preuve? Puisqu'il s'agit d'une question de preuve, il faut conclure que les règles sur la preuve doivent l'emporter.

Nous ne connaissons pas d'arrêt qui ait décidé la question de principe; les tribunaux paraissent juger en fait et d'après les circonstances de la cause. La cour de Douai a mis la preuve à charge du mandataire, et l'a condamné parce qu'il ne justifiait point d'avoir donné connaissance de ses pouvoirs au tiers (2). Mais la cour ne motive pas cette décision, et un arrêt non motivé n'a aucune autorité.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 651, note 11, § 415. Pont, t. I, p. 548, n° 1057.
(2) Douai, 12 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 305, 1°).

48. Il y a un second cas dans lequel le mandataire qui dépasse ses pouvoirs est tenu à l'égard des tiers, c'est quand il s'est personnellement soumis à la garantie pour ce qui a été fait au delà du mandat. Ce sont les termes de l'article 1997. Cela suppose que le tiers sait que les bornes du mandat ont été dépassées ; il ne veut pas traiter, à moins que le mandataire ne s'oblige envers lui au cas où le mandant refuserait de ratifier ce qui serait fait au delà du mandat. Le mandataire se porte fort que le mandant ratifiera ; c'est dire que, si le mandant ne ratifie point, le mandataire s'oblige à exécuter le contrat. Peu importe la forme dans laquelle le mandataire s'oblige, pourvu qu'il soit établi qu'il s'est obligé personnellement. Le mandataire chargé d'emprunter pour son mandant déclare, dans la reconnaissance qu'il donne au tiers prêteur, « qu'il promet de lui faire payer la somme prêtée à telle époque ». Il a été jugé qu'il résultait de ces termes que le mandataire s'était obligé personnellement envers le tiers. Le pourvoi contre cette décision a été rejeté, par le motif que l'arrêt attaqué avait interprété l'intention des parties contractantes d'après les expressions de l'acte ; et cette interprétation ne peut jamais être soumise à la censure de la cour de cassation, parce que c'est une pure question de fait (1).

Ces questions de fait ont leur difficulté, et les interprètes n'ont fait que l'augmenter en imaginant des présomptions que la loi ignore et que le juge ne peut admettre que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que, d'après Pothier, on doit présumer aisément que celui qui a promis le fait d'un tiers n'a pas entendu simplement promettre le fait d'autrui, mais qu'il a entendu se porter fort que le tiers donnerait ou ferait quelque chose. La cour de Limoges s'est prévalue de cette doctrine très-contestable pour en induire que le mari qui avait déclaré agir tant en son nom personnel qu'au nom de sa femme, dont il se disait mandataire, était obligé personnellement par cette déclaration, bien qu'il soutînt qu'il n'était pas mandataire et qu'il ne s'était pas porté fort

(1) Rejet, 11 avril 1831 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 309, 2°).

pour sa femme (1). Dans l'espèce, il ne s'agissait pas d'un mandataire qui dépassait les bornes de son mandat, puisque l'existence même du mandat était contestée; il s'agissait donc de savoir si celui qui promet le fait d'un tiers est présumé facilement, comme le dit Pothier, s'être porté fort. A notre avis, il faut laisser là toutes les présomptions que la doctrine a imaginées, et décider la question d'après les documents de la cause et conformément aux principes qui régissent la preuve. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur l'article 1120, au titre des *Obligations* (t. XV, n° 543).

L'article 1997 suppose que le mandataire s'oblige dans le cas où il a excédé les bornes de ses pouvoirs. C'est l'hypothèse dans laquelle le tiers est le plus intéressé à ce que le mandataire s'oblige envers lui, puisqu'il n'aura pas d'action contre le mandant, si celui-ci refuse de ratifier ce que le mandataire a fait au delà de son mandat. Mais rien n'empêche le tiers de stipuler l'engagement personnel du mandataire, alors même que celui-ci ne dépasse pas les termes de ses pouvoirs. Le tiers peut avoir plus de confiance dans le mandataire que dans le mandant; et il va de soi qu'il peut stipuler la garantie du mandataire, soit à titre de caution, soit même comme débiteur; il a alors deux débiteurs et deux actions principales, l'une contre le mandant, l'autre contre le mandataire. Dans ce cas, il peut aussi se présenter une difficulté de fait : le mandataire s'est-il engagé ou ne s'est-il pas engagé personnellement? Le mandataire chargé d'une affaire insiste pour qu'elle se fasse au gré du mandant : ces pourparlers impliquent-ils un engagement? Nous ne disons pas que l'on doit présumer que le mandataire ne s'engage pas personnellement, bien que cette présomption soit assez naturelle de la part d'un mandataire qui, régulièrement, ne parle qu'au nom du mandant. Personne n'est présumé s'obliger, c'est donc au tiers de prouver que le mandataire s'est obligé envers lui. La question s'est présentée dans un contrat de remplacement fait par l'intermédiaire d'un mandataire; il a été jugé que le mandataire qui avait pris l'initiative de la négociation,

(1) Limoges, 25 mars 1846 (Dalloz, 1848, 2, 32).

en engageant le tiers à traiter, avait aussi promis de faire exécuter les engagements pris au nom du mandant; cette dernière circonstance était décisive, puisque la promesse de faire exécuter implique un engagement personnel (1).

49. Il y a une garantie qui ne doit pas être stipulée, c'est la garantie de l'existence du mandat. Si le mandataire agit comme tel, il s'engage à donner action au tiers contre le mandant, au nom duquel il parle, il garantit donc qu'il y a un mandant, et par conséquent un mandat. C'est un engagement personnel qui n'a pas besoin d'être stipulé expressément. On a dit que, dans ce cas, il y avait quasi-délit ou même délit, plutôt qu'une obligation conventionnelle (2). Il est vrai qu'en apparence il n'y a pas de contrat; mais en réalité, il existe une convention tacite, comme nous venons de le dire; on ne peut pas stipuler ou promettre comme mandataire, sans reconnaître qu'il y a un mandat.

La jurisprudence, comme nous l'avons dit ailleurs, confond souvent les quasi-délits avec les obligations conventionnelles. Cette confusion se rencontre aussi dans notre question. Une personne vend un domaine, en qualité de mandataire; elle concourt ensuite à faire annuler la vente, par le motif qu'elle n'était ni mandataire, ni propriétaire. Le jugement qui annula la vente réserva à l'acquéreur l'action en indemnité résultant de la fausse qualité prise dans le contrat. La cour de Grenoble, saisie de la demande, commence par poser en principe que tout contractant doit la garantie de sa qualité; cette garantie est de l'essence de toute convention; partant, c'est un engagement conventionnel. Puis la cour ajoute que le prétendu mandataire, en stipulant comme tel, et en promettant l'exécution de la vente par lui passée, s'était soumis à la réparation du préjudice résultant de ce qu'il n'y avait pas de mandat, comme à la réparation des dommages causés par son fait (3). Ce n'était pas le cas d'appliquer l'article 1382, puisque le

(1) Rejet, 10 août 1831 et 19 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 309, 4°).
(2) Pont. t. I, p. 549, n° 1058.
(3) Grenoble, 1er mars 1845 (Dalloz, 1848, 2, 32). Comparez Bruxelles, 26 janvier 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 46).

quasi-délit suppose l'absence de tout engagement contractuel; et, dans l'espèce, il y avait un double engagement, la garantie de la qualité de mandataire et la promesse de faire exécuter la vente. Dès lors il fallait laisser de côté l'article 1382. Ce n'est pas une querelle de mots : nous renvoyons, quant aux principes, au titre qui traite *des engagements qui se forment sans convention.*

SECTION II. — Des obligations du mandant à l'égard des tiers.

50. Aux termes de l'article 1998, « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. » Le rapporteur du Tribunat dit très-bien que le mandataire ne fait que représenter le mandant, quand il contracte en son nom; il en conclut que la convention lie le mandant aussi complétement que s'il avait assisté en personne à la rédaction du contrat (1). Il faut dire plus, c'est réellement le mandant qui parle au contrat, c'est lui qui promet et qui stipule : l'article 1998 s'exprime incorrectement en disant que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire; le mandataire ne contracte aucun engagement, c'est le mandant qui s'oblige par son intermédiaire; il exécute donc son propre engagement, en exécutant les contrats où le mandataire a figuré en son nom. C'est la conséquence du principe qui domine cette matière : le mandataire est le représentant du mandant (2).

Pour que le mandant soit tenu des engagements contractés par le mandataire, il faut, dit l'article 1998, que le mandataire ait agi conformément au pouvoir qui lui a été donné. Cela implique deux conditions. D'abord, que le mandataire ait agi comme tel, puis qu'il ait agi dans les limites de son mandat. Il faut que le mandataire ait traité en cette qualité. S'il n'a pas fait connaître sa qualité de mandataire, s'il a traité en son nom personnel, il sera obligé personnellement, et par contre le mandant ne le

(1) Tarrible, Rapport, n° 17 (Locré, t. VII, p. 382).
(2) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, n° 6, p. 6.

sera point. La raison en est que le mandant n'a pas contracté dans ce cas, puisque ce n'est pas en son nom que le contrat a été fait; il n'a donc pas consenti, et personne n'est obligé sans avoir consenti; le contrat lui est étranger, il n'est pas lié à l'égard du tiers qui a traité avec le mandataire, et le tiers n'est pas lié envers lui. Il faut, en second lieu, que le mandataire ait agi dans la limite de ses pouvoirs : s'il excède ses pouvoirs, il cesse d'être mandataire, il ne peut pas être question de représenter le mandant pour une affaire dont celui-ci n'a point chargé le mandataire; le mandant n'a pas consenti à être représenté, donc il ne l'est point. Mais il peut approuver ce que le mandataire a fait en son nom, quoique sans pouvoir. On dit que la ratification équivaut au mandat, c'est un consentement donné après coup à ce que le mandataire a fait sans pouvoir; la ratification lui tient lieu de pouvoir.

§ I[er]. *Des actes faits par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs.*

N° 1. QUAND LE MANDATAIRE TRAITE AU NOM DU MANDANT.

51. C'est la règle : le mandataire traite en cette qualité. C'est son devoir. Le mandant l'a chargé de faire une chose pour lui et en son nom (art. 1984); il a accepté cette charge, il est donc tenu de l'exécuter. C'est son intérêt, car s'il ne parle pas au nom du mandant, s'il traite en son nom personnel, il sera personnellement obligé; or, ce n'est pas là son intention; pour rester fidèle à son engagement, il ne peut pas même avoir cette intention, car il manque à l'obligation qu'il a contractée en traitant en son propre nom, au lieu d'agir au nom du mandant. Si, fidèle à son mandat, il traite au nom du mandant, celui-ci est censé traiter, et il traite réellement par l'organe du mandataire; c'est lui qui stipule ou qui promet. Donc il est directement obligé pour ce que fait le mandataire : le fait du mandataire est le fait du mandant.

La jurisprudence consacre ce principe (1), et l'on peut

(1) Rejet, 6 février 1822 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 1040, 2°).

s'étonner que la jurisprudence ait été appelée à le consacrer, puisque la loi le dit (art. 1998), et cela est de l'essence du mandat. Nous nous bornons à citer un exemple. Le notaire reçoit comme mandataire le prix d'une vente; il libère le débiteur. Le vendeur agit contre l'acheteur; on lui oppose les actes du mandataire qui constatent la libération de l'acquéreur. En vain, dit la cour de Liége, le vendeur contestait-il la force probante et l'effet des actes libératoires; dès qu'ils émanaient du mandataire, et cela était constant, ils pouvaient être opposés au mandant (1). C'est l'application de notre principe : le fait du mandataire est le fait du mandant.

52. Il résulte de là une conséquence très-importante, c'est que le mandataire n'est pas un tiers dans le sens de l'article 1328. Les actes qui ont date certaine à l'égard du mandataire ont, par cela même, date certaine à l'égard du mandant, car le mandataire c'est le mandant, puisque les faits du mandataire sont les faits du mandant. Il est bien entendu que la date de l'acte se rapporte à une époque où le mandat existait encore; car le mandataire ne peut plus représenter le mandant s'il n'est plus mandataire (2). Nous empruntons un exemple à la jurisprudence. Toutes les dispositions qui concernent la preuve donnent lieu à des contestations. Dans l'espèce, il n'y a aucun doute, ce qui n'empêche point qu'il y ait de nombreux arrêts sur la matière.

Des enfants donnent procuration à leur mère, cohéritière avec eux, pour administrer les biens de la succession de leur père, et notamment pour passer bail des immeubles. Le mandat donné en 1826 est révoqué le 22 octobre 1832 par deux des enfants; ils provoquent le partage. La maison habitée par la veuve, et où elle exploitait un commerce d'épiceries, est licitée et adjugée aux deux enfants qui avaient révoqué le mandat. Ils prétendirent entrer immédiatement en jouissance, conformément au cahier des charges, quand il se présenta un acquéreur du fonds de

(1) Liége, 31 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 223).
(2) Cour de cassation de Belgique, 16 mars 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 79).

commerce, porteur d'un bail sous seing privé de la maison licitée. L'acte était daté du 24 septembre 1832, mais il n'avait été enregistré que le 17 décembre de cette année, la veille de la licitation. Les adjudicataires soutinrent que le bail était nul, comme consenti postérieurement à la révocation du mandat. Déclaré nul par le premier juge, le bail fut maintenu comme bon et valable par la cour de Rennes. Il y avait une première difficulté : la veuve avait-elle consenti le bail comme héritière ou comme mandataire? La cour décida qu'elle avait agi comme mandataire. Restait à savoir si le bail, consenti avant la révocation du mandat, mais par un acte sous seing privé qui n'acquit date certaine qu'après la révocation, à la veille de la licitation, pouvait être opposé aux mandants qui avaient révoqué le mandat. La cour jugea que le mandant était tenu de tous les faits de son mandataire, que par suite la date, certaine à l'égard du mandataire, est par cela même certaine à l'égard du mandant. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1328. La cour de cassation décida que le mandataire n'était pas un tiers à l'égard du mandant (1). Cela est de jurisprudence. La cour de Bourges dit très-bien que le mandant et le mandataire ne sont légalement qu'une seule personne, de sorte que les actes sous seing privé souscrits par le mandataire font foi à l'égard du mandant comme s'il les avait souscrits, et il les a réellement souscrits, puisqu'il parle et écrit au contrat par l'intermédiaire du mandataire (2).

53. Il y a encore une autre disposition dans laquelle le mot *tiers* donne lieu à difficulté. Aux termes de l'article 1321, les contre-lettres, valables entre les parties contractantes, n'ont point d'effet contre les tiers. Le mandataire souscrit une contre-lettre : peut-elle être opposée au mandant? Si l'on admet le principe tel que nous venons de le formuler d'après le texte du code, l'affirmative est certaine. Le mandant est censé souscrire la contre-lettre, si le mandataire a eu le droit de la souscrire. Cela décide et

(1) Rejet, 19 novembre 1834 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 3°).
(2) Bourges, 25 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 2°). Comparez les autres arrêts que Dalloz rapporte au n° 402.

prévient même la question. La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Le mandant remet au mandataire une obligation souscrite en sa faveur avec charge d'en poursuivre le recouvrement; la procuration était donnée sous forme de cession, et par conséquent le mandataire, considéré comme cessionnaire à l'égard des tiers, avait plein pouvoir, comme propriétaire de la créance, d'en disposer. C'est le cas du mandataire prête-nom, nous y reviendrons. Le mandataire toucha la créance d'une valeur nominale de 65,000 francs, et il donna quittance de cette somme; mais une contre-lettre dressée le même jour constata que par forme de transaction, il n'avait été payé qu'une somme de 40,000 francs. Le mandant soutint que la contre-lettre ne pouvait lui être opposée, ce qui revenait à dire qu'il était un tiers à l'égard du mandataire, prétention insoutenable que la cour condamna, par le motif que le mandant stipulait et consentait par l'intermédiaire du mandataire; il était donc partie à la contre-lettre, loin d'être un tiers (1).

54. Le principe que le fait du mandataire est le fait du mandant s'applique-t-il aux fautes que le mandataire commet dans l'exécution de son mandat? Nous parlons des fautes conventionnelles, en y comprenant le dol. Quant à la faute dite aquilienne, on applique l'article 1384, en vertu duquel le commettant est tenu du dommage causé par les préposés dans les fonctions auxquelles il les a employés. Cette matière a été traitée au titre des *Engagements qui se forment sans convention*. Quant aux fautes que le mandataire commet dans l'exécution du mandat, on doit maintenir le principe que le mandant s'identifie avec le mandataire; c'est lui qui est censé coupable de la faute et même du dol dont le mandataire est l'auteur. Au premier abord la conséquence paraît choquante : est-ce que le mandant donne pouvoir de manquer à ses engagements et de pratiquer des manœuvres frauduleuses? L'objection ne tient pas compte de la situation des parties qui sont engagées dans le débat. Il y a des tiers en cause; la question est de

(1) Bordeaux, 25 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 402, 4°).

savoir qui doit supporter la responsabilité des fautes et du dol dont le mandataire est coupable : sont-ce les tiers avec lesquels il a traité, ou est-ce le mandant qui lui a donné le pouvoir de traiter? En droit, la réponse n'est point douteuse, et l'équité est d'accord avec le droit. Aux tiers victimes de la faute et du dol, il n'y a aucun reproche à faire; ils ont traité avec le mandataire par suite de la confiance que leur inspirait le mandant, c'est lui qui leur a dit qu'ils pouvaient contracter en sûreté avec l'homme de son choix; si le mandataire trahit cette confiance, les tiers n'en doivent pas supporter la conséquence, il n'y a pas une ombre de raison pour cela. Le seul à qui l'on puisse imputer une faute, c'est le mandant; il a fait un mauvais choix, il a induit les tiers à traiter avec un homme qui ne méritait pas leur confiance. C'est la raison pour laquelle l'article 1384 déclare le commettant responsable du dommage que celui-ci cause dans l'exercice de son ministère. Il y a même raison de le déclarer responsable du dommage qu'il cause dans l'exécution de son mandat.

La jurisprudence est en ce sens. Nous citerons un arrêt de la cour de cassation qui répond à une objection de texte que l'on peut faire à notre opinion. Des liquidateurs d'une société demandent, contre quatre compagnies d'assurances, une somme de 106,662 francs, comme indemnité des pertes éprouvées par ladite société dans un incendie. Les premiers juges constatèrent en fait que lesdits liquidateurs avaient fait des déclarations frauduleuses, en exagérant sciemment le montant du sinistre et en supposant détruits par le feu des objets qui ne se trouvaient pas dans les bâtiments incendiés, et même des marchandises qui avaient été vendues soit avant, soit depuis l'incendie. D'après les statuts des compagnies, ces fraudes entraînaient la déchéance de l'indemnité à laquelle les assurés avaient droit. Naissait alors la question de savoir si la société était tenue du dol des liquidateurs. Ceux-ci étant de vrais mandataires, l'affirmative était certaine, si l'on admet le principe que nous venons d'établir. Telle a aussi été la décision de la cour de Paris, et sur le pourvoi, la chambre des requêtes rendit un arrêt de rejet. Le pourvoi fut soutenu par un ha-

bile avocat, Paul Fabre, que son talent fit élever aux hautes fonctions de procureur général à la cour de cassation. Il soutint qu'en déclarant le mandant responsable du dol du mandataire, l'arrêt attaqué avait violé l'article 1998. On ne doit pas confondre, dit-il, le liquidateur avec le gérant d'une société. Le gérant représente la société d'une manière absolue; la société répond même de son dol, car les tiers qui contractent avec lui traitent avec la société qui s'identifie avec son gérant; tant que la société existe, les tiers ne connaissent que le gérant, tout ce qu'il fait est donc l'œuvre de la société. On ne peut pas en dire autant du liquidateur; celui-ci n'est qu'un simple mandataire auquel il faut appliquer l'article 1998, aux termes duquel le mandant n'est pas obligé pour ce que le mandataire a fait au delà de son mandat. Or, le liquidateur qui fait de fausses déclarations dépasse son mandat, car l'assemblée générale qui l'a nommé ne lui a certes pas donné le mandat de faire de fausses déclarations. Ces déclarations mensongères sont au contraire une infraction au mandat; donc le mandataire a agi en dehors de son mandat, et partant, le mandant n'est pas tenu. La cour répond que le mandant est responsable du choix qu'il a fait; il ne peut pas rejeter les conséquences du dol et de la mauvaise foi de son mandataire sur les tiers de bonne foi, victimes de ces machinations (1). C'est en substance ce que nous avons dit pour justifier la doctrine que la jurisprudence a consacrée.

55. Il y a une autre conséquence du même principe. Le mandataire représente le mandant en justice; nous supposons qu'il en a le droit : on demande si le jugement lie le mandant et si la condamnation prononcée contre le mandataire peut être exécutée contre le mandant? L'affirmative est admise par la doctrine et la jurisprudence (2). Ce n'est pas le mandataire qui est condamné, c'est le mandant représenté par le mandataire. Cela est décisif.

56. L'article 1998 dit que le mandant est tenu des engagements que le mandataire a contractés conformément

(1) Rejet, 14 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 332). Dans le même sens, Rejet, chambre civile, 13 avril 1842 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1059).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 650 et notes, § 415.

au pouvoir qui lui a été donné, il n'est pas tenu de ce qui a été fait au delà. Il importe donc beaucoup de savoir si le mandataire est resté ou non dans les limites de son mandat. Nous avons déjà traité la question de principe (1). Elle donne lieu à de nombreuses difficultés. Pothier établit une règle d'interprétation qui peut aider le juge à les décider : « Pour que le mandataire oblige le mandant envers celui avec qui il a contracté, il suffit que le contrat qu'il a fait avec lui paraisse renfermé dans la procuration qu'il a produite, quoique le mandataire, par des raisons inconnues au tiers, ait excédé les bornes de son pouvoir. » Pothier donne un exemple qui est emprunté à la vie réelle. Il s'agissait du procureur d'une corporation religieuse, chargé d'emprunter une somme que Pothier suppose de 300 livres, car il ne cite pas le fait tel qu'il s'est présenté. Le mandataire, après avoir fait un premier emprunt, en fit un second, un troisième, en représentant toujours sa procuration. Il contractait en vertu d'un mandat apparent, qui suffisait pour valider, à l'égard des tiers, les emprunts qu'il avait faits (2). On voit, par l'application que Pothier donne de son principe, que c'est, en réalité, une conséquence de la règle générale qui domine cette matière : le mandant répond de l'exécution du mandat, quand même elle serait entachée de dol, car, dans l'espèce, il y avait dol. Dans le conflit entre les tiers de bonne foi, auxquels il n'y a aucune faute à reprocher, et le mandant qui a donné sa confiance à un fourbe, le droit et l'équité se prononcent contre le mandant coupable d'imprudence.

57. Quand le mandataire, muni d'une procuration qui lui donne un pouvoir apparent, traite avec des tiers en fraude du mandant, celui-ci n'en est pas moins tenu à l'égard des tiers. Cela suppose que ceux-ci sont de bonne foi, car c'est à raison de leur bonne foi qu'ils ont action contre le mandant. S'ils sont de mauvaise foi, c'est-à-dire s'ils savent que le mandataire abuse d'un pouvoir apparent, et qu'en réalité il agit sans pouvoir, ils ne peuvent plus avoir d'action, car ce serait une action fondée sur le dol. Il a été

(1) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, nos 406 444, p. 457
(2) Pothier, *Du mandat*, n° 89, suivi par les auteurs modernes.

jugé en ce sens qu'une vente faite par le mandataire, en dehors de son mandat et de complicité avec l'acheteur, peut être annulée. La rédaction de l'arrêt laisse à désirer; au fond, la décision se justifie par les principes que nous venons d'établir (1). Il y a un autre arrêt de la cour de cassation, qui s'écarte des vrais principes. Un mandataire, chargé d'acheter, fait donation de l'immeuble à un tiers. Il a été jugé que le mandant n'avait pas l'action en revendication. Sans doute, si le tiers donataire avait été de bonne foi, il n'aurait pas pu être évincé; mais, dans l'espèce, il paraît que le tiers savait que le mandataire abusait de son mandat; en validant la vente dans l'intérêt du tiers, la cour lui donnait une exception fondée sur son dol : ce qui est contraire à tout principe. Sur le pourvoi, la chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet (2).

58. On doit aller plus loin, et décider que si l'erreur des tiers qui ont traité de bonne foi peut être imputée à leur négligence, ils n'ont pas le droit de s'en prévaloir contre le mandant. Il faut que leur bonne foi soit entière pour qu'ils aient action contre le mandant, alors que réellement il n'y a pas eu de mandat. Or, peut-on dire que le tiers est de bonne foi s'il a pu et dû savoir que le mandataire dépassait son pouvoir? Mais ici naît une question très-délicate : quand l'erreur est-elle imputable aux tiers? Nous citerons un arrêt de la cour d'Orléans qui nous laisse quelque doute.

Une police d'assurance est rédigée sur une feuille imprimée contenant les statuts de la compagnie qui intéressent les assurés, et l'acte commence par ces mots : « Après avoir pris connaissance des statuts de la *Providence agricole* et des clauses imprimées sur les deux premières pages je déclare y adhérer et demande à être admis au nombre des membres de ladite société. » Les assurés payèrent leur prime à l'agent; un sinistre éclata, et l'action des associés fut rejetée, parce qu'ils avaient contrevenu aux statuts mêmes dont, d'après l'acte, ils avaient pris connaissance.

(1) Rejet, 8 mars 1825 (Sirey, 1826, 1. 20). Pont, t. I, p. 555, n° 1065.
(2) Rejet, 20 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 249, 3°). Pont, t. I, p. 556, n° 1065.

Si réellement ils avaient pris connaissance des statuts, il y aurait eu mauvaise foi, dans le sens large du mot, car ils auraient traité avec un mandataire qui excédait ses pouvoirs, sachant qu'il les excédait (1). Mais le préambule de la police d'assurance n'était-il pas une de ces clauses de style qui mentionnent ce que le rédacteur aurait dû faire plutôt que ce qu'il a fait? N'aurait-on pas dû admettre les tiers à prouver qu'en réalité ils ne connaissaient pas les statuts? Quel est l'assuré qui a la précaution de lire les statuts, souvent très-embrouillés, des compagnies d'assurances? Il y avait donc erreur excusable, et partant bonne foi.

59. La correspondance télégraphique a donné lieu à une question plus difficile. Un télégramme porte que le mandataire peut vendre à 139 francs; il vend à 140, et il se trouve que la minute, mal interprétée, portait le chiffre de 165 francs. Le mandant refusa de tenir le marché, comme il en avait le droit; le mandataire ne pouvait être recherché, puisque la dépêche télégraphique constituait le mandat, en vertu duquel il était autorisé à agir. Les tiers lésés auraient dû avoir une action contre les agents du télégraphe, auxquels l'erreur était imputable; et, d'après le droit commun des articles 1382 et 1383, ils auraient eu une action; mais, par exception à ces principes, l'administration du télégraphe n'est pas responsable. De sorte qu'en définitive les tiers étaient sans action. On a dit que cette solution est inadmissible, puisqu'il en résulterait que les tiers, quoique de bonne foi, seraient victimes d'une erreur qui leur est complétement étrangère; ce qui est contraire aux principes mêmes que nous venons d'enseigner (2). A notre avis, la décision de la cour d'Amiens est exacte; les tiers, quoique de bonne foi, ne peuvent pas avoir d'action contre le mandant, alors que le mandant prouve qu'il n'a pas donné pouvoir au mandataire de traiter; en réalité, il n'y a pas de mandat, c'est

(1) Orléans, 12 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 21). Pont (t. I, p. 556, n° 1066) approuve la décision.

(2) Amiens, 11 mai 1854 (Dalloz, 1859, 2, 147). Comparez Pont, t. I, p. 556, n° 1066; Aubry et Rau approuvent la décision (t. IV, p. 651 et note 3, § 415).

l'administration du télégraphe qui, par ignorance ou imprudence, a induit les parties en erreur; elle seule devrait être responsable, et elle ne l'est point. Il en résulte que tout marché fait en vertu d'une dépêche télégraphique est conditionnel dans le cas où le télégramme ne serait pas la reproduction exacte de la minute : le marché dépend de la ratification du mandant. C'est une très-mauvaise solution au point de vue des tiers, puisque ceux-ci seront à la merci du mandant, lequel ratifiera ou ne ratifiera point, selon que la marchandise aura baissé ou haussé. Les tiers peuvent au moins stipuler qu'eux aussi ne seront pas liés si la dépêche est inexacte.

Nº 2. QUAND LE MANDATAIRE TRAITE EN SON NOM PERSONNEL.

60. On suppose que le mandataire, tout en restant dans les limites de son mandat, traite en son nom personnel avec le tiers, sans dire qu'il agit comme mandataire. Quel sera l'effet de cette convention? Un premier point est certain : le mandataire, ayant parlé en son nom, sera lié à l'égard du tiers avec lequel il a contracté, comme s'il n'y avait pas de mandat; il a promis, il est donc obligé. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une espèce où le mandataire était chargé d'acheter des charbons; il fit l'achat sans donner au vendeur connaissance de sa qualité; la cour le condamna à payer. C'est un cas assez singulier. L'intention du mandataire était bien de traiter au nom du mandant, il n'avait donc pas la volonté de s'obliger, et cependant il était tenu. C'est que de fait il s'était obligé personnellement à l'égard du tiers; celui-ci avait donc le droit de s'en tenir au consentement apparent de l'acheteur (1).

61. Il y a un second point qui est également certain, c'est que le mandataire, quoiqu'il traite en son nom, reste tenu envers son mandant, à moins qu'il n'ait renoncé au mandat. Tant que le mandat subsiste, le mandataire est tenu de l'exécuter; donc quand il traite avec un tiers, quoi-

(1) Bruxelles, 23 mai 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 188). Comparez Rejet, chambre civile, 8 mai 1872 (Dalloz, 1872, 1, 348).

que en son nom, il est censé, à l'égard du mandant, avoir traité dans l'intérêt de celui-ci et avoir fait la chose dont il était chargé. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Des commissionnaires domiciliés en France, voulant s'établir à Bruxelles, chargèrent un mandataire de louer une maison propre aux affaires. Le mandataire loua une maison en son nom, puis il donna avis à ses mandants de la location de la maison, en ajoutant qu'il se réservait trois chambres dans la maison louée. Quatre années plus tard, le mandataire, se qualifiant de principal locataire, donna congé aux commissionnaires. Ceux-ci soutinrent qu'ils étaient les seuls et vrais locataires. La correspondance des parties établissait le mandat et l'exécution que le mandataire y avait donnée. Peu importait que le bail eût été fait au nom du mandataire, ce fait n'avait pu altérer les droits et les obligations naissant du mandat. Les commissionnaires invoquaient l'autorité de Pothier, qui enseigne le principe tel que nous l'avons formulé, en l'appliquant au mandat d'acheter. « Si, dit-il, j'ai chargé quelqu'un de m'acheter une chose, le mandataire qui a accepté le mandat, et qui a acheté et s'est fait livrer la chose, doit me la livrer, quand même il en aurait fait l'achat en son nom. » La cour de Bruxelles accueillit cette défense, que le premier juge avait rejetée. « Encore, dit-elle, que le mandataire ait contracté en son nom personnel avec le propriétaire de la maison, il est tenu envers les mandants de leur prester tous les droits et actions à lui acquis en vertu dudit contrat de bail; il ne peut donc, sans contrevenir à ses obligations, les priver de la jouissance de la maison qu'il s'était chargé de leur procurer (1). »

62. Quels seront, dans cette hypothèse, les rapports du mandant avec les tiers? Il n'y a aucun lien entre le mandant et les tiers, puisque les tiers n'ont pas traité avec le mandant; celui-ci étant étranger à la convention, il ne peut s'en prévaloir contre les tiers, de même que les tiers ne peuvent s'en prévaloir contre lui. Toutefois, le mandant a

(1) Bruxelles, 28 janvier 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 30). Pothier, *Du mandat*, n° 59.

un moyen de se procurer une action contre les tiers; il peut agir contre le mandataire, lequel est tenu de lui prester, comme le dit la cour de Bruxelles (n° 61), tous les droits et actions qu'il a contre les tiers. Il peut donc l'obliger à lui céder ces droits et actions, ou se faire subroger aux droits du mandataire contre le tiers avec lequel celui-ci a traité (1). Cette cession ou subrogation ne doit pas être confondue avec le droit que l'article 1166 donne à tout créancier d'exercer les actions de son débiteur. L'action de l'article 1166 étant exercée au nom du débiteur, le bénéfice qui en résulte se partage entre tous les créanciers du débiteur; tandis que le mandant a, en vertu de la cession ou de la subrogation, le droit qu'il aurait eu si le mandataire avait traité, comme il le devait, au nom du mandant. Cela est très-juste, car c'est par suite du mandat que les droits et actions que le mandataire a acquis contre les tiers se trouvent dans son patrimoine; l'équité exige donc que le mandant en profite, à l'exclusion des autres créanciers du mandataire.

La jurisprudence est en ce sens; toutefois la rédaction des arrêts laisse à désirer. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Attendu, en droit, que *si les actes faits par un mandataire dans l'affaire de son mandant peuvent obliger celui-ci, alors même que le mandataire a agi en son nom personnel*, cette règle ne doit recevoir son application que lorsque la qualité de mandataire est certaine (2). » Il n'est pas exact de dire que le mandant est obligé par les actes que le mandataire fait en son nom personnel; énoncée dans ces termes absolus, la proposition est une véritable hérésie juridique : comment le mandant pourrait-il être obligé, alors qu'il n'a pas consenti et que personne n'a consenti en son nom? Ce qui est vrai, c'est que le mandat est exécuté entre le mandant et le mandataire; le mandant peut, en conséquence, se faire céder les actions du mandataire contre les tiers avec lesquels celui-ci a contracté. On admet aussi que le tiers peut se faire céder les droits du

(1) Duranton, t. XVIII, p. 262, n[os] 261 et 262. Aubry et Rau, t. IV, p. 652, § 415.
(2) Rejet, 17 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 58).

mandataire contre le mandant, et, par suite, les créanciers du tiers peuvent agir en vertu de l'article 1166; nous allons revenir sur ce point (n° 63) C'est avec ces restrictions que l'on peut dire que le mandant est obligé, quoique le mandataire agisse en son propre nom.

Il y a un arrêt postérieur de la chambre des requêtes qui dit précisément le contraire de ce que dit l'arrêt que nous venons de citer : « Attendu que, s'il est vrai que *le mandataire qui traite en son nom personnel, sans déclarer les pouvoirs en vertu desquels il agit, n'oblige que lui, et ne donne au tiers avec lequel il a traité aucune action contre son mandant*, il est également incontestable que l'arrêt attaqué ne porte à ce principe aucune atteinte (1). » Cela est aussi trop absolu. En principe, la cour a raison; le tiers n'a aucune action directe contre le mandant, mais il a une action indirecte, comme nous venons de l'expliquer.

63. Les rapports indirects qui s'établissent entre le mandant et le tiers lorsque le mandataire a agi en son nom personnel soulèvent une question plus difficile. On suppose que le mandant profite de la convention qui est intervenue entre le mandataire et le tiers; ce qui arrivera régulièrement, puisque le mandataire est tenu de prester au mandant les droits et actions qu'il acquiert en cette qualité. Est-ce que, dans ce cas, les tiers auront l'action appelée *de in rem verso?* La cour de Paris a jugé l'affirmative dans une espèce où le mandataire avait fait exécuter en son nom personnel des travaux qui profitaient au mandant; elle a condamné le mandant à les payer, par le motif que s'il ne les payait pas, il s'enrichirait aux dépens d'autrui; c'est le fondement de l'action *de in rem verso* (2). Cela nous parait très-douteux. L'action *de in rem verso* suppose une gestion d'affaires, c'est-à-dire un lien entre le gérant et le maître dont il gère les intérêts; mais il manque l'un ou l'autre des éléments qui sont requis pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion; dans ce cas, on donne au gérant une action fondée

(1) Rejet, 4 novembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 35).
(2) Paris, 6 août 1850 (Dalloz, 1854, 5, 483).

sur l'équité, action en vertu de laquelle il peut demander que le maître l'indemnise jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci s'enrichit. Or, dans l'espèce, il n'y a pas une apparence de gestion d'affaires. Un tiers a traité avec le mandataire, il a une action en vertu du contrat contre lui; de plus, il peut se faire céder l'action du mandataire contre le mandant. Si l'on admet qu'il a ce droit, l'action *de in rem verso* devient inutile. Mais on peut le contester, en soutenant que le mandataire ne s'oblige qu'à une chose, c'est d'exécuter l'engagement qu'il a contracté; si, à raison de cet engagement, il a une action contre le mandant, rien ne l'oblige à céder cette action au tiers. Dans la rigueur des principes, cela est vrai; mais, en fait, le mandataire consentira volontiers à céder ses actions contre le mandant, puisque c'est un moyen de se libérer à l'égard du tiers. Toujours est-il que l'action directe du tiers contre le mandant est impossible, car il n'y a pas d'action sans un lien d'obligation. Le tiers aurait, en tout cas, contre le mandant l'action de l'article 1166; mais cette action est peu favorable. C'est peut-être cette raison qui a engagé la cour de Paris à donner au tiers l'action *de in rem verso*.

§ II. *Des actes du mandataire qui dépassent les bornes de son mandat.*

64. Quel est l'effet de ces actes à l'égard du mandant? Les auteurs sont unanimes à répondre que ces actes n'existent pas à son égard. C'est l'application du principe élémentaire consacré par l'article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et ne leur profitent pas. » Or, le mandant est un tiers quant aux conventions que le mandataire a consenties au delà de ses pouvoirs; il n'y parle pas directement, et il n'y figure point comme étant représenté par le mandataire, puisque celui-ci n'a pas le droit de le représenter en dehors de son mandat. Il s'ensuit que ces conventions n'ont aucun effet à son égard, pas plus que celles de tout autre tiers. Le mandant n'est pas tenu de demander la nullité de ce que le mandataire a fait sans pou-

voir; on ne demande pas la nullité de ce qui n'existe point; or, la convention étrangère au mandat n'a pas d'existence à l'égard du mandant; il peut la repousser à quelque époque qu'on la lui oppose (1).

Il y a un arrêt en ce sens, mais il soulève une difficulté. Un mandataire, ayant pouvoir de céder les droits de son mandant dans la succession paternelle, fit cession, en outre, de ses droits maternels; or, la mère vivait encore; de sorte que la cession était inexistante pour deux motifs, d'abord comme faite sans pouvoir, ensuite comme pacte successoire. Il a été jugé que le vice qui entachait l'une des cessions infectait aussi l'autre, par la raison qu'elles étaient indivisibles, ayant été faites pour un seul et même prix. Cela n'est pas exact; l'unité de prix n'entraîne pas l'indivisibilité de deux ventes très-distinctes; il suffit d'une ventilation pour fixer le prix des deux ventes; et, dans l'espèce, la ventilation était très-facile, puisque, l'une des successions étant ouverte, on pouvait l'inventorier ou en établir la consistance par les autres preuves légales. La cour ajoute que la cession des droits paternels étant nulle, il y avait lieu de voir si la nullité était couverte par la prescription de dix ans. Dans le système de la cour, qui considérait cette vente comme nulle, la décision est exacte. Il en résultait une différence entre la cession de l'hérédité paternelle et la cession de l'hérédité maternelle : celle-ci étant inexistante, le vice ne pouvait se couvrir par aucune confirmation; tandis que, la cession de l'hérédité paternelle étant seulement nulle, la confirmation était possible, et, par suite, le vice était couvert par la prescription de dix ans, qui est une confirmation tacite (2).

65. La loi permet au mandant de *ratifier* ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs. Qu'est-ce que cette ratification, et en quoi diffère-t-elle de la confirmation de l'article 1338? Ratifier, dans le sens de l'article 1998, c'est consentir, en approuvant l'acte que le mandataire a fait sans pouvoir. Le consentement donné après l'acte équivaut au pouvoir donné avant l'acte. En ce sens on dit que

(1) Duranton, t. XVIII, p. 261, n° 260. et tous les auteurs.
(2) Cour d'appel de Savoie, 8 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 242).

la ratification équivaut au mandat. Il y a une différence essentielle entre la ratification et la confirmation, et il y a aussi des analogies, comme nous le dirons plus loin. La confirmation suppose une convention qui est viciée; la partie contractante qui aurait le droit d'agir en nullité à raison de ce vice y renonce, et par là elle couvre le vice ou l'efface; par suite, la convention devient pleinement valable, comme si elle n'avait jamais été viciée. La ratification ne se fait point par l'une des parties contractantes; elle se fait par un tiers, le mandant; entre les parties, le mandataire et le tiers, la convention est valable, mais elle est étrangère au mandant, elle ne lui profite pas et elle ne lui nuit point; toutefois il peut la ratifier en approuvant ce que le mandataire a fait sans mandat. La ratification suppose donc l'existence d'un mandat que le mandataire a dépassé; elle supplée à ce qui manquait au pouvoir du mandataire; le consentement donné après coup par le mandataire est censé avoir été donné avant l'acte que le mandataire a fait: ce consentement valide tout.

Il y a encore une différence entre la ratification et la confirmation en ce qui concerne la preuve littérale de ces deux faits juridiques. L'article 1338 prescrit des formalités spéciales qui doivent être remplies, sous peine de nullité, par les parties qui dressent un écrit de la confirmation; si l'acte n'a pas été dressé dans ces formes, il est nul, il n'y aura point de preuve littérale. Les formes de l'article 1338 doivent-elles être observées quand les parties rédigent un acte de ratification? Non, car ces formes supposent l'existence d'un vice qui doit être effacé et d'une action en nullité à laquelle la partie intéressée renonce. Or, en cas de ratification, il n'y a ni vice ni action en nullité. C'est un simple consentement; il suffit donc que le mandant déclare dans l'acte, qu'il approuve, qu'il consent, qu'il ratifie, pour que l'acte de ratification soit valable comme preuve littérale.

La jurisprudence et les auteurs confondent parfois la confirmation et la ratification, et, il faut le dire, la faute en est au législateur; l'article 1338, qui est le siége de la matière, appelle indifféremment *ratification* et *confirma-*

tion ce qui est, dans la réalité des choses, une confirmation. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, p. 613-619). La cour de cassation a cassé un arrêt qui avait appliqué à la ratification du mandant les règles que l'article 1338 établit pour la validité de la confirmation (1); et la cour de cassation de Belgique s'est prononcée dans le même sens (2). Mais la jurisprudence oublie parfois les principes, et la confusion reparaît jusque dans les décisions de la cour suprême. Cela complique la matière, difficile par elle-même.

66. Voici une espèce dans laquelle la cour a appliqué l'article 1998, alors qu'il s'agissait d'une véritable confirmation régie par l'article 1338. Une femme donne à son mari une procuration par laquelle elle lui confère le pouvoir de faire tous emprunts, en obligeant sa femme comme débitrice solidaire, avec hypothèque sur ses biens. Le mari emprunte une somme de 10,000 francs, avec stipulation de solidarité et subrogation dans l'hypothèque légale de sa femme. Puis nouvel emprunt, toujours avec subrogation. Les biens du mari ayant été vendus, la femme contesta, dans l'ordre qui s'ouvrit, la collocation du premier prêteur, en arguant de *nullité* la procuration générale en vertu de laquelle l'emprunt avait été contracté; le prêteur répondit que la femme avait tacitement approuvé l'emprunt et la subrogation. Etait-ce le cas de l'article 1338 ou celui de l'article 1998? Il y avait un mandat, et le mari n'avait pas dépassé ce mandat; l'emprunt avait été fait en exécution du mandat, et l'hypothèque avait été consentie en vertu du pouvoir général que la procuration conférait au mari. Mais l'emprunt était nul, ainsi que les garanties hypothécaires (3); tous ces actes étaient viciés par l'incapacité de la femme, qui ne peut être couverte que par une autorisation spéciale. La femme pouvait, à la vérité, confirmer les emprunts faits par le mari, mais pour cela il eût fallu une autorisation spéciale. En tout cas, ce n'était pas une ratification donnée

(1) Cassation, 26 décembre 1815 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 405, 1°). Comparez Rejet, chambre civile, 3 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 148).

(2) Rejet, cour de cassation de Belgique, 6 janvier 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 78).

(3) Voyez le t. XXVII de mes *Principes*, n°s 413-416, p. 465.

par un mandant, quand le mandataire excède ses pouvoirs. Donc l'article 1998 était hors de cause; la contestation devait être décidée par les principes qui régissent la confirmation. Il a été jugé, au contraire, que le mandat d'emprunter était nul et que la procuration ne valait que quant à l'administration des biens; de là la cour conclut qu'il y avait excès de mandat. Etrange argumentation! L'emprunt et l'hypothèque ne sont pas des actes d'administration, ce sont des actes de disposition; il ne pouvait donc pas être question d'un mandat d'administration. La procuration était nulle, et les actes faits en vertu du mandat étaient frappés de la même nullité : pourquoi? Parce que la femme est incapable, et que son incapacité ne peut être couverte que par une autorisation spéciale. Donc il s'agissait d'un acte vicié, et, partant, pour devenir valable, l'acte aurait dû être confirmé, d'après les règles que nous avons exposées au titre des *Obligations;* l'article 1998 était hors de cause. Que dit la cour? « Les faits de la cause font connaître que, loin de demander la *nullité* des actes faits en vertu de la procuration, la femme les a *exécutés volontairement* et en pleine connaissance de cause; par là il a été satisfait à ce que demande l'article 1998 (1). » La cour embrouille et confond tous les principes. Elle invoque l'article 1998, et elle a commencé par dire que la femme avait négligé de demander la *nullité* des actes litigieux. Est-ce que, dans le cas de l'article 1998, le mandant demande la *nullité des actes* par lesquels le mandataire a excédé ses pouvoirs? La doctrine et la jurisprudence répondent, à l'unanimité : Non (n° 64); les actes du mandataire qui dépassent ses pouvoirs n'existent point à l'égard du mandant; il ne peut donc pas être question d'en demander la nullité. En réalité, les actes étaient nuls; la femme pouvait agir en nullité, elle pouvait aussi renoncer à ce droit et confirmer les actes. Mais, quand il s'agit de confirmer, il ne faut pas citer l'article 1998 et dire que les actes confirmatifs satisfont à ce que l'article 1998 exige pour la validité de la confirmation; cela est un non-sens.

(1) Angers, 26 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 53)

67. Il y a cependant une analogie entre la ratification et la confirmation, ce qui explique et excuse l'erreur des tribunaux qui les confondent. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait soit confirmation, soit ratification? Nous avons exposé ailleurs quelles sont les conditions exigées pour la validité de la confirmation. Deux de ces conditions sont communes à la ratification. Celui qui confirme doit connaître le vice qui entache l'acte et avoir l'intention de réparer ce vice, en renonçant au droit qu'il a d'en demander la nullité. Il en est de même de celui qui ratifie, sauf qu'il ne s'agit pas de couvrir un vice, il n'y en a pas, ni de renoncer à une action en nullité qui n'existe point; toujours est-il que le mandant doit savoir que le mandataire a dépassé ses pouvoirs et en quoi il les a dépassés, et il faut que son intention soit d'approuver ce qui a été fait au delà. Si le mandant ignore que le mandataire ait excédé ses pouvoirs, il ne peut pas être question de ratifier; et le mandant peut aussi savoir que le mandataire a agi au delà de ses pouvoirs, sans avoir l'intention d'approuver ce qu'il a fait. C'est l'intention d'approuver qui fait l'essence de la ratification, comme c'est l'intention de réparer le vice qui fait l'essence de la confirmation.

La jurisprudence est en ce sens. On lit dans un arrêt de la cour de Gand : « Pour pouvoir induire d'un fait quelconque du mandant la preuve que celui-ci a ratifié la gestion de son mandataire, il faut qu'il soit clairement établi qu'en posant ce fait il a connu la faute ou l'imprudence de son mandataire; en d'autres termes, que ce fait a été posé en pleine connaissance de cause, et ainsi avec l'intention évidente de ratifier ce qui a été fait. A défaut de cette preuve, le mandant est censé n'avoir donné suite aux actes de son mandataire que parce qu'il en ignorait les *vices*, et ne peut, par conséquent, être présumé avoir voulu renoncer au droit qui lui appartenait de demander la réparation du dommage qui devait en résulter pour lui (1). » L'arrêt formule bien le principe de la ratification, mais la cour a tort de parler de *vices;* cette expression suppose une obligation *nulle;* or,

(1) Gand, 14 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 223).

quand le mandataire dépasse, en contractant, les bornes de son pouvoir, le contrat est plus que nul, il n'existe pas à l'égard du mandant. Il n'est pas exact non plus que le mandant, en ratifiant, renonce au droit qu'il a d'agir en dommages-intérêts, il a un droit plus fort, c'est de répudier tout ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs; c'est à ce droit qu'il renonce en ratifiant. Il n'avait pas consenti, et il se décide à consentir.

La cour de cassation de France s'est aussi exprimée inexactement en confirmant un arrêt qui était mal rédigé. Il s'agissait d'une ratification prétendue que l'on induisait du silence qu'avait gardé le mandant. L'arrêt attaqué dit que, pour qu'il y ait *ratification,* il faudrait trouver dans la cause *toutes les conditions* de l'article 1338; ce qui est une erreur manifeste. Ce que la cour voulait dire, c'est que, dans l'espèce, le mandant n'avait point connaissance des actes irréguliers faits par le mandataire; cela suffisait pour que la ratification fût impossible, et il était pour le moins inutile de citer l'article 1338. Pourvoi en cassation. La cour s'approprie le langage inexact de l'arrêt attaqué. Il suffisait de dire, comme elle le fait, que, pour qu'il y ait ratification, il faut que le mandant ait connaissance des actes faits en son nom par le mandataire; ce qui implique que le mandant sait que le mandataire a excédé ses pouvoirs. Il était inutile d'ajouter : ainsi que l'exige l'article 1338 pour la ratification des obligations (1); cela est plus qu'inutile, c'est inexact, car l'article 1338 est complétement étranger à la ratification faite par un mandant; il ne parle que de la confirmation des actes nuls.

68. L'analogie qui existe entre la ratification et la confirmation donne lieu à une autre difficulté. Il est de principe que l'on ne peut pas confirmer les actes inexistants: on ne confirme pas le néant. En est-il de même de la ratification? L'acte que le mandant ratifie existe, en ce sens qu'il réunit les conditions requises pour les conventions entre le mandataire et le tiers; mais cet acte n'a point

(1) Rejet, 17 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 460). Comparez Rejet, 15 février 1876 (Dalloz, 1876, 1, 246).

d'existence à l'égard du mandant, parce qu'il n'y a pas été représenté, puisque l'on suppose que le mandataire a dépassé les bornes de son mandat. Le mandant consent après coup; c'est ce consentement qui valide l'acte à son égard. Nous donnons quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Un huissier, chargé de recevoir le payement d'une dette, consentit la subrogation en faveur du tiers qui la paya. C'était dépasser son pouvoir. Le créancier ne lui avait pas donné pouvoir de subroger. Mais le créancier reçut les deniers qui avaient été versés par un tiers aux mains de son mandataire, avec condition de subrogation; il ratifia par là ce qui avait été fait, et, par suite, la subrogation devenait valable à son égard (1). La subrogation consentie par l'huissier n'était pas valable, parce qu'il n'avait pas le pouvoir de la consentir; mais on ne peut pas dire qu'elle fût inexistante, car l'huissier était obligé envers le tiers, dans le cas prévu par l'article 1997. Il y a cependant une hypothèse dans laquelle l'acte ne produit aucun effet, c'est quand le mandataire a donné au tiers une connaissance suffisante de son mandat; dans ce cas, le mandataire n'est pas obligé et le mandant ne l'est point; l'acte est incomplet, il manque le consentement, et le défaut de consentement rend l'acte inexistant entre les parties qui ont figuré à l'acte aussi bien qu'à l'égard du mandant. Si le mandant ne ratifie pas, il n'y a jamais eu de convention, celle-ci ne reçoit l'existence que par la ratification.

Une souscription d'actions est reçue par le mandataire d'une société; celle-ci tombe en faillite; le souscripteur refuse de verser le montant des actions, par le motif que la souscription est nulle, le mandataire n'ayant pas eu de pouvoir suffisant. Cette défense n'a pas été admise. En supposant, dit la cour de cassation, qu'il y eût insuffisance de pouvoir, il est constant que le traité a été accepté et ratifié par le mandant; dès lors il y a eu convention parfaite dès le moment où elle a été consentie (2).

(1) Rejet, chambre civile, 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 155).
(2) Rejet, 14 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 258).

69. Dans les exemples que nous venons de donner, il s'agit d'un mandataire qui traite au nom du mandant, mais en excédant les limites de ses pouvoirs. Telle est aussi l'hypothèse prévue par la loi. L'article 1998 suppose qu'il y a un mandat et que le mandataire a agi au delà de ses pouvoirs; en agissant ainsi, il n'oblige pas son mandant, celui-ci n'est tenu que s'il ratifie ce qui a été fait au delà du mandat. Que faut-il décider s'il n'y a pas de mandat? Celui qui a agi au nom d'une personne n'avait aucun pouvoir : y a-t-il, dans ce cas, lieu à ratification? Non, si l'on s'en tient au texte du code; la ratification implique un mandat dépassé; et, dans l'espèce, il n'y a point de mandat, il n'y a rien: c'est, à la lettre, le néant. La convention ne pourra se former que par un nouveau concours de consentement, et elle n'existera qu'à partir de ce concours de volontés, tandis que la ratification rétroagit au jour du contrat.

Le cas s'est présenté dans l'espèce suivante. Achat de trois fermes, au profit d'un propriétaire de Gand, par une personne qui n'avait aucun pouvoir d'acheter. Il était stipulé que plus tard un acte de vente en forme serait passé. L'acheteur assigna le vendeur pour se voir condamner à passer acte de vente par-devant notaire, et que, faute par lui de passer cet acte, le demandeur n'en serait pas moins propriétaire des biens acquis en son nom. Le défendeur répondit qu'il n'y avait point de vente, faute de consentement. Cette défense, rejetée par le tribunal de première instance, fut accueillie en appel. L'acheteur n'avait pas de procuration de celui pour lequel il avait déclaré acheter; la vente n'avait donc pu se former, parce qu'il n'y avait pas d'acheteur; en effet, celui qui figurait à l'acte n'achetait pas pour son compte, il ne consentait donc pas; et celui au nom duquel il avait acheté n'avait pas consenti; dès lors il n'y avait pas de contrat, ni entre les parties qui figuraient à l'acte, puisqu'elles ne voulaient pas contracter, ni entre le vendeur et le tiers, puisque le tiers ne consentait pas. Quand le propriétaire donna son consentement, en agissant contre le vendeur, celui-ci refusa de consentir; et il en avait le droit, puisqu'il n'était lié par aucune convention, pas même par une promesse de vendre, puisque la promesse

n'avait pas été faite au propriétaire, mais à une personne sans pouvoir (1).

Il reste un doute. Quand il y a un mandat, et que le mandataire le dépasse, la loi admet la ratification; cependant, en tant que le mandataire dépasse les limites de son mandat, il n'a pas le droit de consentir; et s'il fait connaître ses pouvoirs au tiers avec lequel il traite, il n'y a réellement aucune convention, faute de consentement. Néanmoins l'article 1998 admet la ratification lorsque le mandataire a dépassé les limites de son mandat, sans distinguer si le mandataire est lié à l'égard du tiers ou s'il ne l'est pas. Si la ratification est possible quand le mandataire n'est pas lié, pourquoi ne le serait-elle pas quand celui qui traite n'a aucun mandat? Les deux hypothèses paraissent identiques; dans l'un et l'autre cas, il n'y a point de mandat. La réponse est que, dans le cas où il n'y a aucun mandat, il n'y a rien à ratifier, car il n'y a ni mandant ni mandataire; tandis que, dans le cas prévu par l'article 1998, il existe un mandat; le mandataire avait le droit d'agir dans les bornes de son pouvoir, le mandant peut compléter le pouvoir qu'il a donné en ratifiant.

C'est la théorie de la loi. Elle ne nous paraît pas juridique. A notre avis, la ratification proprement dite, de même que la confirmation, suppose un acte existant; or, dans le cas où le mandataire a excédé ses pouvoirs, sans s'obliger lui-même, il n'y a aucune convention, faute de consentement, pas plus que dans le cas où une personne traite avec une autre sans pouvoir aucun. Dans l'un et l'autre cas, le contrat ne s'est pas formé, faute de consentement, et il ne peut se former que par un nouveau consentement du tiers, concourant avec le consentement de celui qui n'avait point donné de pouvoir. La question est importante à raison des effets de la ratification. Il est de principe que la ratification rétroagit, parce qu'elle équivaut à un mandat; tandis que le consentement nouveau donné en l'absence d'un mandat ne rétroagit point.

70. L'article 1998 dit que le mandant peut ratifier

(1) Gand, 30 janvier 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 38).

expressément ou tacitement. C'est l'application du droit commun. Ratifier, c'est approuver ou consentir; or, toute manifestation de volonté peut être expresse ou tacite. La confirmation expresse implique l'existence d'un consentement donné par paroles, peu importe qu'il soit donné verbalement ou par écrit; l'écrit ne sert que de preuve, puisque la ratification n'est pas plus un acte solennel que le mandat qu'elle remplace. La ratification tacite résulte d'un fait qui suppose nécessairement la volonté de consentir. Nous avons dit bien des fois que le consentement tacite n'est pas un consentement présumé. Il faut donc, pour qu'il y ait ratification tacite, que le fait du mandant, dont on prétend l'induire, ne puisse être interprété autrement que par la volonté qu'il a de ratifier ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs.

Voici un exemple emprunté à la jurisprudence. Une veuve administre les biens délaissés par son mari, du consentement tacite de ses enfants. Elle donna des pièces de terre à bail pour plus de neuf ans. C'était dépasser ses pouvoirs de mandataire général. Elle ne pouvait faire que des actes d'administration; or, les baux qui dépassent neuf ans ne sont pas considérés comme des actes d'administration; la loi les met, au contraire, sur la même ligne que les actes de disposition, en défendant à ceux qui ont l'administration légale de passer des baux à long terme. Après la mort de la veuve, les baux furent attaqués par ses enfants; les fermiers répondirent que les enfants avaient ratifié les actes irréguliers faits par leur mère. La mère avait fait à ses enfants l'abandon des biens provenant de la succession de son mari; les enfants, de leur côté, s'étaient obligés à payer à leur mère une rente viagère, et l'avaient déchargée de tout compte qu'elle aurait dû leur rendre de sa gestion. Il résultait clairement de cette convention, de son esprit et de ses termes, dit la cour de Gand, que les enfants avaient entendu approuver et ratifier tout ce que leur mère avait fait pendant sa gestion. L'acte de partage qui intervint entre les enfants avec le concours de leur mère confirmait pleinement cette interprétation; en effet, le bien affermé à long terme fut mis au lot de l'un des enfants, avec mention du

bail litigieux et du terme pour lequel il avait été contracté. C'était une ratification tacite (1).

71. Le consentement tacite donne toujours lieu à des difficultés de fait. Il en est de même de la ratification tacite. On demande si le silence du mandant, après qu'il a acquis la connaissance de l'acte irrégulier du mandataire, suffit pour qu'il y ait ratification. Les auteurs ne se contentent pas du simple silence; en effet, garder le silence, c'est ne dire ni oui ni non. La doctrine exige que celui qui garde le silence ait été touché de quelque acte qui lui imposait la nécessité de s'expliquer (2). Cela est très-juste en théorie; mais, en fait, les circonstances de la cause exercent une grande influence sur la décision du juge. La jurisprudence se montre moins rigoureuse; les juges subissent l'influence des faits; et, dans notre matière, cette influence est très-légitime, puisque la ratification tacite est une question de fait.

Une commune, copropriétaire d'un canal, voulut s'en servir pour conduire les eaux dans un marais qui lui appartenait; le fossé de dérivation devant passer sur un ruban de terrain dépendant d'un domaine riverain, le maire s'adressa au gérant, et lui offrit, à son choix, la valeur de cette parcelle de terre ou l'échange : il s'agissait de 25 francs! L'agent déclara qu'il consentait à l'échange; la commune se mit en possession et commença les travaux. La propriétaire, une marquise, s'y opposa et assigna la commune, en concluant à ce qu'elle fût condamnée à rétablir les lieux dans leur état primitif. Le premier juge, après avoir ordonné une expertise pour constater si réellement les travaux causaient un grave dommage à la propriété, se prononça en faveur de la commune. Appel. La marquise déclara qu'en tout cas elle s'opposait à l'échange, son gérant n'ayant pas eu pouvoir de le consentir; ce qui, en droit strict, était vrai, puisque l'échange est un acte d'aliénation, et un administrateur ne peut pas aliéner. Mais la marquise ou son conseil avait oublié qu'une loi, dérogeant au code

(1) Gand, 24 février 1843 (*Pasicrisie*, 1843. 2, 193).
(2) Troplong, *Du mandat*, n° 6:2, et les autorités qu'il cite.

civil, autorisait le passage des eaux, dont on a le droit de disposer, sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité; ainsi la seule chose qu'il lui fût permis de débattre concernait le chiffre de l'indemnité qu'elle pouvait réclamer. Le mandataire avait-il le droit de consentir cette convention? La cour répond qu'il s'agissait moins d'une aliénation que d'un simple acte d'administration. Elle ajouta que l'intérêt était si minime : la toute propriété du lambeau de terre où les eaux devaient passer ne valant que 25 francs. C'était bien le cas de dire *de minimis non curat prætor*. Mais nous doutons que la cour de cassation eût admis l'adage romain. La cour se retrancha derrière la ratification tacite de la marquise. Elle n'avait pu ignorer la convention faite en son nom, et, bien loin de l'attaquer dès le principe comme une usurpation de son droit de propriété, elle l'avait *en quelque sorte* sanctionnée par le silence qu'elle avait gardé, soit dans son mémoire au conseil de préfecture, soit dans sa requête à bref délai, soit dans sa demande introductive d'instance, soit même dans ses conclusions lors du jugement qui ordonnait l'expertise. Ce n'est qu'après l'expertise, alors qu'elle vit que son action en dommages-intérêts manquait de base, qu'elle souleva la question de propriété et qu'elle désavoua son gérant. Mais, pour le désavouer, il fallait connaître les termes du mandat qu'elle lui avait donné ; or, la marquise s'était refusée obstinément à le produire. Pourvoi en cassation pour violation des articles 1988 et 1989. La chambre des requêtes le rejeta en se fondant sur la ratification de la marquise. L'arrêt attaqué déclarait qu'elle n'avait pu ignorer l'acte accompli par son mandataire, et cette déclaration était souveraine. En concluant de là, *eu égard aux circonstances qu'il relève,* que le silence gardé par la marquise avait emporté ratification des actes du mandataire, la cour de Montpellier n'avait fait qu'appliquer l'article 1998, et, par conséquent, elle n'avait pu le violer (1). On voit que la cour de cassation ne se contente pas du seul silence gardé par

(1) Rejet. 4 juin 1872 (Dalloz, 1872, 1, 441). Comparez Rejet, 3 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 324).

le mandant; elle a soin d'ajouter que le silence, eu égard aux circonstances, vaut ratification. C'est donc essentiellement une question de fait.

72. La ratification joue un grand rôle dans les conventions conclues par les commis voyageurs. C'est une question très-controversée de savoir si ces conventions doivent, pour être valables, être approuvées par les commettants. La solution dépend, avant tout, de l'étendue du mandat; si le mandat ne s'explique pas sur les pouvoirs du mandataire, le juge doit les déterminer d'après les circonstances de la cause; de sorte que le mandat et la ratification deviennent une question de fait. La question appartenant au droit commercial, puisque le mandat est commercial, nous nous bornons à citer un arrêt de la cour de Paris. Dans l'espèce, le commis voyageur avait vendu 500 pièces de vin; le patron refusa de tenir le marché. Il était constant que le mandataire était porteur des prix courants de sa maison; la cour de Paris en conclut qu'il était autorisé à faire les ventes pour son compte. On ne saurait admettre que l'acheteur soit engagé, alors que le vendeur ne le serait pas; ce serait permettre à celui-ci de rompre le marché quand la marchandise hausse; c'est ce qui était arrivé dans l'espèce; la cour condamna le vendeur à 5,000 francs de dommages-intérêts (1).

Dans le système de la cour de Paris, il n'y a lieu à ratification que lorsque le commis voyageur l'a réservée à raison de l'importance de la commande. Naît alors la question de savoir quand il y a ratification. Ici le silence du commettant est décisif, il faut bien qu'il approuve ou désapprouve le marché. Comme le dit très-bien la cour de Rouen, la convention ne peut rester en suspens que pendant le temps nécessaire pour que le marché soit porté à la connaissance du patron, et puisse être avoué ou désavoué par lui; on ne saurait admettre que le commettant puisse refuser de s'expliquer pendant un temps indéfini et rester ainsi le maître de tenir ou de rompre la convention, selon qu'elle lui serait avantageuse ou défavorable. C'est dire que le si-

(1) Paris, 20 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 16).

lence gardé par le vendeur pendant ce temps suffit pour que la vente soit approuvée (1).

73. Quel est l'effet de la ratification? Il y a un premier effet sur lequel il n'y a aucun doute. L'acte fait par le mandataire en dehors de ses pouvoirs ne lie pas le mandant, parce qu'il n'y a pas consenti. Il sera lié s'il le ratifie; c'est ce que dit l'article 1998 : « Le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » La ratification couvre les irrégularités commises par le mandataire, puisque le mandant les approuve, le mandataire est censé avoir agi du consentement de son commettant; il va donc de soi que le mandant n'a aucune action contre le mandataire en réparation du dommage que l'irrégularité peut lui avoir causée, sauf à réserver ses droits lorsqu'il ratifie. La ratification donnée sans réserve met le mandataire à l'abri de toute action en dommages-intérêts.

La ratification consentie par le mandant couvre-t-elle aussi le mandataire à l'égard des tiers? Il a été jugé que le mandataire ne peut plus être recherché par les tiers à raison de l'acte qu'il avait fait au delà de ses pouvoirs (2). Le mandataire qui dépasse les bornes de son mandat, sans faire connaître ses pouvoirs au tiers avec lequel il traite, est tenu de la garantie pour ce qu'il a fait au delà (art. 1997); cela suppose que le tiers n'a aucune action contre le mandant; la loi déclare le mandataire *garant*, c'est-à-dire responsable de ce défaut d'action. Si le mandant ratifie, le tiers a action contre lui; dès lors il ne peut plus être question de garantie, c'est-à-dire de responsabilité. Il en serait autrement si le mandataire s'était engagé personnellement à l'égard du tiers; celui-ci aurait alors deux actions principales, l'une contre le mandataire, l'autre contre le mandant. L'action que l'article 1998 accorde au tiers contre le mandataire n'est pas une action principale, c'est une action en garantie fondée sur ce que, par la faute du mandataire. le tiers n'a pas d'action contre le mandant. Si le mandant

(1) Rouen, 3 juillet 1846 (Dalloz, 1846. 2, 201).
(2) Nîmes, 10 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 5, 351). Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 651 et note 9, § 415

ratifie, le tiers peut agir contre le mandataire; dès lors il ne peut plus être question de garantie.

Il se peut que le mandant ratifie l'acte à l'égard des tiers : est-ce que cette ratification peut être invoquée par le mandataire? Non, il ne peut se prévaloir de ce qui se passe entre le mandant et les tiers; donc il reste tenu de l'inexécution de son mandat; la ratification peut ne pas dédommager le mandant du préjudice qu'il a éprouvé par le fait du mandataire, et il va sans dire que celui-ci doit réparer le dommage qu'il a causé au mandant en manquant à ses engagements.

74. On enseigne généralement que la ratification produit encore un autre effet, très-considérable, c'est qu'elle rétroagit au jour du mandat, au moins entre le mandant et le mandataire; elle ne rétroagit pas au préjudice des tiers. Nous avons supposé, ici et ailleurs, que cette rétroactivité est un principe sur lequel il n'y a aucun doute. En effet, on admet comme un axiome que la ratification équivaut au mandat; ce qui implique qu'elle se confond avec le mandat et qu'elle produit ses effets à partir du mandat (1).

A notre avis, cela est très-contestable. On conçoit que la confirmation rétroagisse, l'article 1338 le dit implicitement. L'obligation confirmée existait avant la confirmation; elle produisait tous les effets d'une obligation valable, puisque la partie qui avait le droit d'en demander l'annulation n'avait pas agi; or, par la confirmation, elle renonce au droit d'agir en nullité; dès lors l'obligation devient pleinement valable, en ce sens qu'elle continue à produire ses effets, sans qu'elle puisse être annulée à raison du vice qui l'entache; ce vice est effacé, l'obligation est considérée comme valable dès le principe, sauf les droits des tiers.

Il en est tout autrement de la ratification. Quand un mandataire agit sans pouvoir, en dépassant les bornes de son mandat, il ne se fait pas de convention; le mandataire n'est pas obligé, parce qu'il n'a pas traité en son nom personnel, et le mandant n'est pas obligé parce que le manda-

(1) Pont, t. I, p. 562, n° 1075.

taire n'avait pas le droit de traiter en son nom. La convention qui intervient entre le mandataire et le tiers est donc inexistante, parce qu'il n'y a pas de convention sans consentement. Quand ensuite le mandant ratifie, que se passe-t-il ? Il consent, et c'est ce consentement qui engendre la convention, laquelle jusque-là n'existait point. C'est donc une nouvelle convention qui se forme; or, les conventions n'ont d'effet que du jour où intervient le concours de consentement. Pourquoi en serait-il autrement de la convention qui se forme par la ratification? Les principes, certes, ne légitiment pas la rétroactivité, la rétroactivité ne se conçoit même pas : puis-je être obligé alors que je n'ai pas consenti? Cela est impossible. Est-ce que peut-être la loi déciderait que la convention ratifiée a effet du jour où le mandataire l'a consentie? Non, la loi ne dit pas cela, et le silence de la loi est significatif. Quand il s'agit de la confirmation, la loi décide implicitement qu'elle rétroagit; et c'est parce que la confirmation rétroagit par son essence que la loi a cru devoir disposer que la rétroactivité ne préjudiciait pas aux droits des tiers. En parlant de la ratification, la loi se contente de dire que le mandant *est tenu* de ce qui a été fait au delà du mandat quand il le ratifie; elle ne dit pas à partir de quand il est tenu, elle ne dit pas que la ratification ne préjudicie pas aux droits des tiers. Nous concluons du silence de la loi qu'il n'y a pas de rétroactivité; car, dans l'espèce, la rétroactivité serait une véritable fiction, puisqu'il y aurait une convention à un moment où il n'y avait pas de consentement; or, il n'y a point de fiction sans loi.

75. La question n'a jamais été discutée devant les tribunaux, et les auteurs aussi ne la discutent point. Seulement ils enseignent, et cela est de jurisprudence, que la rétroactivité de la ratification ne préjudicie pas au droit des tiers (1). Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute; la loi respecte toujours les droits acquis, et elle ne permet pas aux particuliers de les attaquer; il faut donc dire de la ratification, en supposant qu'elle rétroagisse, ce que la loi dit

(1) Pont, t. I, p. 562, n° 1075.

de la confirmation ; c'est l'application d'un principe général ; la loi a pour objet de sauvegarder les droits acquis, voilà pourquoi l'article 2 dispose qu'elle ne rétroagit point ; il est donc impossible que la ratification rétroagisse, il faudrait pour cela une disposition expresse ; or, la loi ne dit même pas que la ratification rétroagit. Nous reviendrons sur ces principes et sur les difficultés auxquelles ils donnent lieu en expliquant la loi hypothécaire.

§ III. *Du mandataire prête-nom.*

76. On appelle prête-nom, en matière de mandat, celui qui, en apparence, a les droits du propriétaire sur une chose, tandis qu'en réalité il n'est que mandataire. Il y a un acte public, tel qu'une cession, une vente, par lequel l'une des parties transporte à l'autre la propriété d'une chose ou d'un droit ; et une contre-lettre, ou convention secrète constate que le prétendu acquéreur n'est qu'un mandataire. Quels sont les effets du mandat donné sous cette forme ? Il faut distinguer les relations entre le mandant et le mandataire et les relations des parties à l'égard des tiers.

Entre les parties, c'est la convention véritable qui l'emporte sur la convention apparente ; celle-ci n'est qu'une fiction, tandis que la convention secrète est la convention véritable ; or, les parties contractantes sont obligées par la vérité et non par la fiction. A l'égard du vendeur apparent, l'acquéreur apparent n'est donc qu'un mandataire ; ses droits et ses obligations seront régis par la loi du mandat.

Il n'en est pas de même à l'égard des tiers. Il est de principe qu'à l'égard des tiers les conventions secrètes qui dérogent à une convention patente ne produisent aucun effet, c'est ce que la loi appelle une contre-lettre ; et, aux termes de l'article 1321, les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers, ce qui signifie qu'à l'égard des tiers les contre-lettres n'existent point. Donc, à l'égard des tiers, le mandat est censé ne pas exister ; partant, celui qui, en réalité, n'est qu'un mandataire aura les droits que lui donne son titre

apparent. Si c'est une cession, il sera considéré comme propriétaire à l'égard des tiers, et il pourra valablement faire tous actes de disposition, quand même par ces actes il dépasserait les bornes du mandat qu'il a reçu sous forme de cession. Tout ce qui résultera de l'inexécution du mandat, c'est que le mandant aura action contre lui, mais le mandant n'aura aucune action contre les tiers; il ne pourrait agir qu'en prouvant, en vertu de la convention secrète, que le cessionnaire apparent n'est qu'un mandataire; or, la convention secrète ne peut pas être opposée aux tiers. Il a été jugé, par application de ces principes, que le porteur d'une lettre de change peut en réclamer le payement en son nom propre, quoiqu'il ne soit que le prête-nom de l'endosseur précédent; il est propriétaire apparent en vertu de l'endossement, partant il peut en exercer les droits (1).

77. Ces principes restent-ils applicables lorsque les tiers qui traitent avec le prête-nom connaissent sa qualité de mandataire? On lit dans un arrêt de la cour de cassation: « Lorsque le mandant a constitué son prête-nom maître absolu de la chose à l'égard des tiers, il importe peu que le tiers avec qui ce dernier a traité en son nom ait eu connaissance de la qualité de prête-nom; cette circonstance ne saurait exercer aucune influence sur les droits et obligations qui naissent du contrat; l'acte s'étant accompli hors de la présence du mandant, qui a voulu y demeurer étranger, celui-ci ne peut pas plus s'en prévaloir qu'il ne pourrait être invoqué contre lui (2). » Cela implique que celui qui constitue un mandat sous forme de prête-nom a l'intention que les rapports entre le prête-nom et les tiers soient réglés par l'acte apparent, et qu'il n'y ait de mandat qu'entre lui et le prête-nom; de sorte que le mandat, même connu des tiers, soit censé ne pas exister à leur égard. Telle peut, en effet, être l'intention de celui qui fait une cession apparente; il donne par là pouvoir au cessionnaire d'agir comme tel à l'égard des tiers. Mais, comme le cessionnaire apparent est, en réalité, mandataire, naît la ques-

(1) Rejet, 2 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 29. 2°).
(2) Rejet, 25 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 1, 282).

tion de savoir en quelle qualité les tiers entendent traiter avec lui, alors qu'ils savent que le prétendu cessionnaire n'est qu'un mandataire? Est-ce l'acte apparent qui prévaudra, quoique les tiers sachent que ce n'est qu'un acte apparent? On suppose que le cessionnaire a traité en cette qualité, et que les tiers ont accepté cette qualité apparente. Dans ce cas, il faut dire, avec la cour de cassation, que l'acte apparent règle les rapports du prête-nom avec les tiers, malgré la connaissance qu'ils ont de la réalité des choses.

Il y a cependant un motif de douter; si le prête-nom fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire comme mandataire, l'acte sera-t-il valable? Ne peut-on pas dire que les tiers sont de mauvaise foi? Dans la doctrine consacrée par la cour de cassation, on écarte la question de bonne foi. Il y a, en effet, une différence entre la contre-lettre de l'article 1321 et le mandat donné sous forme de prête-nom. La contre-lettre a pour objet de tromper les tiers, elle éveille du moins l'idée et le soupçon de fraude; tandis que celui qui donne un mandat à un prête-nom ne veut pas tromper, il consent à ce que le mandataire agisse à l'égard des tiers, non comme mandataire, mais comme cessionnaire; c'est lui qui pourra être trompé si le mandataire dépasse les bornes de son mandat; il accepte d'avance cette conséquence de l'acte apparent qu'il passe, il renonce à se prévaloir contre les tiers du mandat que ceux-ci ignorent ou sont censés ignorer. Il suit de là qu'il n'y a pas, dans l'espèce, mauvaise foi de la part des tiers, ils font ce que le mandant les autorise à faire.

Nous verrons plus loin une conséquence du principe en traitant de la fin du mandat.

78. Il ne faut pas confondre le prête-nom avec le mandataire fictif. Le prête-nom est un mandataire réel à l'égard du mandant, et, à l'égard des tiers, il est plus que mandataire, il a les droits que lui donne l'acte apparent en vertu duquel il agit; tandis que le mandataire fictif ne prend qu'en apparence la place du mandataire réel. Dès que la fiction est établie, le mandataire fictif disparaît; les tiers, n'ayant jamais entendu traiter avec lui, ne peuvent avoir

aucune action contre lui, pas plus que le mandataire fictif ne peut invoquer son mandat contre eux. Un tiers constitue mandataire le clerc du notaire qui passe l'acte. Il est constant que le notaire est le vrai mandataire; s'il a fait intervenir le clerc comme mandataire, c'est pour pouvoir instrumenter. Il est encore constant que, depuis la constitution de ce mandat fictif, jamais le mandant n'a eu un rapport quelconque avec le mandataire fictif, que c'est toujours le notaire qui s'est géré comme mandataire. Après des années, le mandant actionne le mandataire fictif en reddition de compte : celui-ci répond qu'il n'a jamais eu de gestion et que, partant, il n'a pas de compte à rendre. Le mandant objecte que légalement le notaire ne pouvait être mandataire, puisque, comme tel, il n'aurait pas pu rédiger l'acte où il aurait été partie en qualité de mandataire. L'arrêt répond, et la réponse est péremptoire, que le mandant s'est prêté à cette illégalité en constituant comme mandataire le notaire qui, d'après la loi, ne pouvait pas l'être; il ne pouvait donc pas invoquer une infraction dont il était le complice. Tout ce qu'on aurait pu en conclure, c'est qu'il n'avait pas d'action contre le mandataire illégal; mais en aucun cas il ne pouvait agir contre un mandataire fictif qui, dans la commune intention des parties intéressées, n'avait jamais été mandataire (1).

(1) Orléans, 7 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 27).

CHAPITRE VI.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

---

§ Ier. *De la mort.*

79. Le mandat finit, d'après l'article 2003, par la mort, soit du mandant, soit du mandataire. C'est une dérogation au droit commun; en général, on stipule et on promet pour soi et pour ses héritiers; les contrats ne finissent donc pas par la mort des parties contractantes. Mais l'article 1122 ajoute : « A moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. » Le mandat est une des conventions qui, en vertu de leur nature, finissent par la mort de l'une ou de l'autre des parties. Pothier en dit la raison.

Le mandat s'éteint par la mort du mandant, parce que le mandant charge le mandataire de faire quelque chose en sa place; le mandataire, en exécutant le contrat, prête son ministère au mandant, qui est censé faire, par l'intermédiaire de son mandataire, ce qui est porté par le mandat; or, le mandataire ne peut plus prêter son ministère au mandant qui est mort; il ne peut donc plus exécuter le mandat après la mort du mandant. C'est une conséquence du principe qui domine dans le mandat; le mandant agit, il parle au contrat, il promet, il stipule; le mandataire ne fait que le représenter; or, le mandant ne peut plus agir après qu'il est mort, il ne peut donc plus être représenté. On dira que rien n'empêche que les héritiers du mandant agissent, de même que, dans tous les contrats, les héritiers prennent la place de leur auteur. Dans la théorie du mandat gratuit, on répond que le mandataire a voulu rendre un service d'amitié au mandant et qu'il n'a pas entendu s'obliger envers ses successeurs. Et, alors même que le mandat est salarié, les héritiers du mandant peuvent ne pas avoir dans le mandataire la confiance qu'avait le man-

dant. Dans tous les cas, les parties pourraient mettre fin au mandat par la révocation ou par la renonciation; il a paru plus simple et moins blessant de faire cesser le mandat de plein droit.

Pourquoi le mandat finit-il par la mort du mandataire? Pothier répond que le mandat a pour fondement la confiance que le mandant a dans la personne du mandataire. Cette confiance, attachée à des qualités personnelles, ne passe pas aux héritiers; par conséquent, le pouvoir qui a été accordé par le mandant au mandataire, de gérer l'affaire qui lui a été confiée par le mandat fondé sur cette confiance, ne peut passer aux héritiers du mandataire; les qualités personnelles et la confiance qui en résulte ne se transmettent pas par voie d'hérédité (1).

80. L'article 2003 porte que le mandat finit par la mort *naturelle* ou *civile* du mandant et du mandataire. La mort civile est abolie en France et en Belgique; toutefois, d'après la législation française, les peines qui emportaient mort civile entraînent l'interdiction légale, d'après la loi du 31 mai 1854; de sorte que le mandat finit toujours, puisque l'interdiction est aussi une cause qui le fait cesser (2). En Belgique, l'interdiction légale n'existe plus (t. V, n° 246); ainsi le mandat ne finit plus par suite de la condamnation à une peine qui emportait jadis la mort civile.

81. La mort met fin au mandat de plein droit, sans qu'il soit besoin de notifier le décès du mandant au mandataire. On lit cependant dans le considérant d'un arrêt de la cour de cassation que la mort du mandant doit être dénoncée au mandataire (3). Sans doute, il convient d'informer le mandataire du fait qui met fin à ses pouvoirs; cela peut même être nécessaire en fait, si les héritiers veulent empêcher le mandataire de continuer sa gestion, car si le mandataire ignore la mort du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide (art. 2008); mais ces considérations de fait n'ont aucune influence sur la question de droit; la loi

(1) Pothier, *Du mandat*, n°s 101 et 103. Tarrible, Rapport, n° 24 (Locré, t. VII, p. 383).
(2) Pont, t. I, p. 598, n° 1134.
(3) Rejet, 8 août 1821 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 77).

n'exigeant aucune notification, il faut décider, sans doute aucun, que la mort fait cesser le mandat de plein droit. Il y a un arrêt formel en ce sens (1).

82. L'absence du mandant, dans le sens légal du mot, ne met pas fin au mandat. En effet, l'absence n'est jamais assimilée à la mort. Le mandataire conserve donc son pouvoir. Il a été jugé qu'il peut et qu'il doit poursuivre l'exécution du mandat. Dans l'espèce, le père, mandataire de son fils entré au service en 1806, continua à gérer les intérêts du mandant longtemps après que le mandant avait cessé de donner de ses nouvelles. Le père ayant intenté une action contre un tiers, celui-ci lui opposa que l'existence du mandant était douteuse, et que c'était au mandant à l'établir. Cette défense n'a pas été accueillie : tant que la mort n'était pas prouvée, le mandat subsistait; et, le mandataire étant dans l'ignorance sur ce point, il pouvait et devait continuer sa gestion. Ce n'était pas à lui de prouver que le mandant n'avait point péri; c'était au défendeur, qui soutenait que le demandeur était sans qualité, d'en administrer la preuve. La cour de Bruxelles refusa même d'ordonner la preuve du décès, parce que ce fait n'était pas décisif, dans l'espèce; en effet, l'action était valablement formée, puisque le mandataire était dans une ignorance complète sur le sort de son fils; donc, en supposant que le mandant fût mort, le défendeur n'en devait pas moins être condamné (2).

83. La mort met fin au mandat de plein droit. Ce principe reçoit cependant une modification; aux termes de l'article 1991, le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure. S'il n'y a pas d'urgence, le mandataire doit cesser sa gestion, car il est sans pouvoir du moment où il a connaissance de la mort du mandant. Sous ce rapport, l'obligation du gérant est plus étroite que celle du mandataire; il est obligé de continuer sa gestion, en cas de mort du maître, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction. Nous avons expliqué la raison de cette différence, au titre qui traite des quasi-contrats (t. XX, n° 318).

(1) Angers, 27 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86).
(2) Bruxelles, 27 mai 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 141).

L'application du principe a donné lieu à un singulier procès. Un mandataire avait reçu mandat de recouvrer et de transporter des créances. Ce mandat était resté sans exécution depuis près de trente ans. Après une si longue inaction, et alors qu'on devait croire que le mandat était accompli, le mandataire lança un ajournement au nom de tous les mandants, dont le nombre s'élevait à ce moment à 116, et il se trouva que, sur ce nombre, 103 étaient décédés. Les défendeurs opposèrent la nullité de l'ajournement; le mandataire essaya de se retrancher derrière l'article 1991. La cour de Paris reconnaît que l'article 1991 s'applique aux actes judiciaires, aussi bien qu'aux actes extrajudiciaires; mais y avait-il péril en la demeure, alors que le mandataire avait eu près de trente ans pour agir? devait-il lancer ses assignations au hasard, sans s'informer même si les mandants, après un si long laps de temps, vivaient encore? L'article 2008, invoqué par le mandataire, était également étranger à la cause; cette disposition, dit très-bien la cour de Paris, vient au secours de la bonne foi; on ne doit l'appliquer que lorsque le mandataire a poursuivi l'exécution naturelle du mandat, sans que rien l'ait averti de la cessation du mandat par la mort du mandant; or, dans l'espèce, le mandataire devait bien savoir que dans un espace de trente ans un grand nombre de mandants étaient morts. La cour prononça la nullité de l'ajournement (1).

84. Quand le mandat finit par la mort du mandataire, la loi veut que les héritiers en donnent avis au mandant (art. 2010). Ainsi, dans ce cas, une notification quelconque est requise; les héritiers ne pouvant pas continuer la gestion, il importe que le mandant soit averti pour qu'il nomme un autre mandataire s'il y a lieu, ou qu'il se charge lui-même de l'affaire. L'article 2010 ajoute que les héritiers du mandataire doivent pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt du mandant. C'est un mandat que la loi donne aux héritiers par des considérations d'équité; le mandat conventionnel a expiré; en droit strict, les héritiers doivent s'abstenir, mais l'équité de-

(1) Paris, 22 février 1870 (Dalloz, 1871. 2, 164).

mande qu'ils pourvoient aux nécessités de la situation.

Il se peut même qu'il se forme un nouveau mandat tacite, comme continuation du mandat qui cesse par la mort du mandataire. Le cas s'est présenté, et l'affaire a été portée jusque devant la cour de cassation. Une société universelle avait existé entre deux frères; l'un d'eux, chargé de la liquidation, vint à mourir; les héritiers continuèrent la liquidation au vu et au su du mandant; plus tard, les héritiers de celui-ci demandèrent la nullité de ce qui avait été fait après la cessation légale du mandat. La cour de Bastia valida, au contraire, les actes des héritiers; et, sur pourvoi, la cour de cassation prononça un arrêt de rejet. D'abord les héritiers du mandataire pouvaient invoquer l'article 2010, parce que, dans les circonstances de la cause, il était nécessaire que les opérations fussent continuées par les héritiers. Puis il était constaté par l'arrêt attaqué que le mandant, loin de s'opposer aux actes de gestion postérieurs au décès du mandataire, y avait donné son consentement; il s'était donc formé un nouveau mandat par ce concours de consentement (1).

85. Le mandat ne finit pas toujours par la mort des parties contractantes. D'abord elles peuvent stipuler que le mandat continuera après leur décès. La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi pour le cas du décès du mandataire. Une pareille stipulation, dit l'arrêt, n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. La clause fait rentrer le mandat dans le droit commun; si la loi y fait exception, c'est à raison de la *nature* du contrat, ce n'est pas à raison de son *essence*. Dans l'espèce, il y en avait une preuve certaine. Il s'agissait d'associés administrateurs; or, d'après les articles 1859 et 1868, les parties peuvent régler l'administration de la société comme elles l'entendent; à défaut de convention, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre; ce pouvoir, inhérent à la qualité d'associé, passe, avec cette qualité, à l'héritier de l'associé décédé, quand il a été convenu qu'en cas de mort de l'un des associés la

(1) Rejet, 21 mai 1867 (Dalloz, 1867, 1, 345).

société continuerait avec son héritier. Si la qualité de mandataire se transmet, avec celle d'associé, aux héritiers des parties, elle peut aussi passer aux héritiers quand l'administration a été confiée à certains associés, lorsque telle est la volonté des parties contractantes. Ce n'est, après tout, qu'une question de confiance, c'est-à-dire d'intérêt; or, la loi permet aux parties contractantes de régler leurs intérêts comme elles le veulent (1).

La cour de cassation de France a porté la même décision dans le cas de décès du mandant. On lit dans l'arrêt que, s'il est vrai que le mandat prend fin par la mort du mandant, ce principe fléchit devant une volonté contraire exprimée par le mandant (2). Il y a cependant, en ce qui concerne le décès du mandant, un motif de douter qui n'existe point pour le décès du mandataire. Si le mandat finit par la mort du mandataire, c'est uniquement parce que la confiance ne se transmet point par voie d'hérédité; c'est là une question d'intérêt que les parties décident d'après leurs convenances, en dérogeant à la loi. Il n'en est pas de même de la mort du mandant; le motif que Pothier donne pour justifier la cessation du mandat est un motif de droit qui paraît tenir à l'essence même du mandat; le mandat est une représentation du mandant par le mandataire; or, peut-on représenter le mandant alors qu'il a cessé de vivre? La question présente de graves difficultés quand le mandat doit seulement commencer à la mort du mandant; nous l'examinerons plus loin. Il y a moins de doute quand l'exécution a commencé pendant la vie du mandant; il a alors des droits qu'il peut transmettre à ses héritiers, ainsi que ses obligations; les héritiers seront obligés de continuer le mandat, mais seulement comme leur auteur en était tenu, c'est-à-dire avec faculté de le révoquer; la convention qui transmet le mandat aux héritiers du mandant n'impose donc pas un mandataire aux héritiers; dès lors la question n'a plus d'intérêt, le mandat prendra fin dès que les héritiers le voudront.

86. La cour de cassation ajoute, dans l'arrêt que nous

(1) Rejet, 23 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 1, 211).
(2) Rejet, 22 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 448).

venons de citer, que le mandat ne prend pas fin par la mort du mandant, ni, par conséquent, par la mort du mandataire, lorsque la volonté contraire s'induit de l'objet du contrat, c'est-à-dire du but que les parties ont eu en vue et des circonstances dans lesquelles le mandat a été donné. C'est une application du même principe; si les parties peuvent déroger à l'article 2003 par une déclaration expresse, elles peuvent aussi exprimer une volonté contraire en donnant un mandat qui, par sa nature, ne doit pas finir à la mort des parties contractantes. Il en est ainsi notamment quand le mandat est donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou dans l'intérêt du mandant et d'un tiers. Dès qu'une autre personne que le mandant est intéressée à l'exécution du mandat, il n'y a plus de raison pour que le contrat cesse de plein droit à la mort du mandant, l'intérêt du mandataire ou du tiers suffit pour que l'exécution du mandat continue. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, le mandataire avait fait des avances au mandant; celui-ci donna pouvoir au mandataire de vendre ses immeubles pour se couvrir de ses avances avec le prix provenant de la vente; ce mandat devait nécessairement, dans la pensée des parties, se prolonger jusqu'à l'entière libération du mandant. La mort du mandant était donc chose indifférente. Les circonstances de la cause venaient à l'appui de ces considérations, déjà décisives par elles-mêmes; le mandant avait vendu ses immeubles au mandataire; une contre-lettre exprimait le but de la vente; de plus, il fit un testament par lequel il instituait pour héritier universel le même mandataire. La cour de cassation dit très-bien qu'en donnant le mandat sous la forme d'un contrat irrévocable, le mandant s'était interdit la possibilité de le révoquer; ce qui indiquait clairement la volonté que le mandat lui survécût. D'un autre côté, les héritiers du mandant, dépouillés de leur qualité d'héritiers par un testament reconnu valable, étaient sans droit pour critiquer l'usage fait du mandat depuis le décès de leur auteur (1).

Ces principes reçoivent leur application à la cession de

(1) Rejet, 22 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 448).

biens que le débiteur fait à ses créanciers pour obtenir sa libération. Comme nous l'avons dit, au titre des *Obligations*, le contrat de cession ou d'abandonnement est, en réalité, un mandat que le débiteur donne à ses créanciers de vendre ses biens sans l'observation des formes prescrites par le code de procédure pour la vente forcée des biens saisis. Peu importe, dans ce cas, que le mandant ou que les mandataires viennent à mourir, le mandat subsiste jusqu'à ce que les biens soient vendus ou que le débiteur se soit libéré; telle est certainement l'intention des parties contractantes, et leur volonté est très-légitime, puisqu'elle tend à diminuer les frais qu'occasionne l'expropriation forcée. Le mandat, donné dans l'intérêt des deux parties et pour faciliter la libération du mandant, doit, par l'objet du contrat, continuer jusqu'à ce que la vente soit consommée et les deniers distribués.

87. Le mandat donné à un prête-nom finit-il à la mort de celui-ci? Cette question est controversée et il y a quelque doute. La décision dépend du point de savoir quel est l'effet de ce mandat à l'égard des tiers. Dans l'opinion que nous avons enseignée (n[os] 76 et 77), le mandat n'existe qu'entre les parties; à l'égard des tiers, le prête-nom n'est pas un mandataire, alors même que les tiers savent que l'acte apparent en vertu duquel le prête-nom agit est, en réalité, un mandat. C'est l'acte patent qui seul est censé exister à l'égard des tiers; or, cet acte reconnaît au prête-nom la qualité de propriétaire, et cette qualité ne se perd point par la mort. L'arrêt de la cour de cassation que nous venons de rapporter en donne un exemple et justifie en même temps notre décision. Le mandataire était, en apparence, propriétaire, tandis que la contre-lettre prouvait qu'il était seulement mandataire; le mandant vint à mourir : le mandat devait-il finir? Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute, puisque le mandat, par exception, devait survivre au mandant par l'objet du contrat. Eh bien, cette même exception doit être admise dans tous les cas où les parties déguisent le mandat sous la forme d'un acte translatif de propriété; cela suppose que le mandataire a un intérêt au mandat, intérêt qui survit au mandant; sinon les parties n'auraient pas

fait un contrat qui donne au mandataire la qualité apparente et, par conséquent, les droits du propriétaire; or, dès que le mandat n'intéresse pas exclusivement le mandant, il ne finit point par sa mort. La cour de cassation l'a jugé ainsi en termes absolus. *En droit*, dit-elle, le mandat proprement dit ne doit pas être confondu avec le mandat *sui generis* connu sous la dénomination de *prête-nom;* le mandant reste en dehors de ce qui se fait en vertu de ce contrat, en ce sens que le prête-nom n'agit pas comme son représentant; il agit comme propriétaire et maître absolu de la chose; or, son droit de propriété subsiste, malgré la mort de celui qui le lui a conféré. Vainement dirait-on que ce n'est là qu'une apparence; à l'égard des tiers, c'est le contrat apparent seul qui fait la loi des parties. Cela résulte de la volonté même de celui qui a constitué le mandat sous cette forme; il veut donc aussi que les pouvoirs qu'il a conférés au prête-nom continuent après sa mort. Il suit de là, dit la cour de cassation, que la mort du mandant ne saurait apporter aucun changement aux rapports du prête-nom avec les tiers, ni infirmer, par conséquent, les effets des conventions qui sont intervenues entre le prête-nom et les tiers; ces conventions sont, à l'égard du mandant, *res inter alios acta;* il n'y figure point, parce qu'il n'a pas voulu y figurer; donc sa mort est chose indifférente; l'acte apparent doit continuer à produire ses effets, parce que telle est la volonté du mandant (1).

On objecte que l'acte apparent ne peut plus avoir d'effet quand les tiers ont connaissance de la réalité des choses; il est évident, dit-on, que les pouvoirs du mandataire expirent par la mort du mandant; les tiers qui savent qu'ils traitent avec un mandant ne peuvent donc pas se prévaloir de l'acte apparent pour traiter avec un prête-nom qu'ils savent être sans pouvoir (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît favorable à cette opinion. La cour, sans s'arrêter aux apparences, a jugé que le mandat connu

(1) Rejet, 25 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 1, 282). Comparez Troplong, *Du mandat*, n° 738.
(2) Pont, t. I, p. 603, n° 1143. Aubry et Rau, t. IV, p. 636, notes 11 et 12, § 410. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 56, note 11.

des tiers finit par la mort du mandant. Dans l'espèce, il s'agissait d'une cession d'actions industrielles consentie, après le décès du propriétaire réel de ces actions, par celui qui n'en était que le propriétaire apparent. La cour de Paris annula la cession; le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes et rejeté par la chambre civile après délibéré en chambre du conseil; ce qui prouve qu'il y avait doute (1). L'arrêt ne discute pas la question, il ne parle pas même du mandat particulier que l'on appelle *prête-nom ;* la cour s'en tient aux principes du mandat. Peut-être n'a-t-elle pas considéré le propriétaire apparent comme un vrai prête-nom, ayant pouvoir, en vertu de la volonté du mandant, d'agir, à l'égard des tiers, comme propriétaire. Il est certain que tout dépend de l'intention des parties contractantes, et c'est aux juges du fait d'apprécier cette intention.

88. Il y a une question qui nous paraît plus douteuse, bien que la doctrine et la jurisprudence soient d'accord pour la résoudre : le mandant peut-il donner un mandat dont l'exécution ne doit commencer qu'après sa mort? Dans l'ancien droit, on admettait la validité de ce mandat. Pothier dit : « Le principe que le mandat finit par la mort du mandant reçoit nécessairement exception lorsque l'affaire qui en est l'objet est de nature à ne devoir se faire qu'après sa mort (2). » Cette opinion est enseignée par les auteurs modernes et consacrée par la jurisprudence sans discussion, comme s'il s'agissait d'une doctrine certaine, ainsi que le dit Pothier (3). Elle était certaine pour lui, parce que le droit romain admettait la validité de ce mandat. Il y a cependant de graves motifs de douter. On cite d'ordinaire l'exécution testamentaire comme exemple d'un mandat qui commence seulement à la mort du mandant. Nous avons traité cette matière au titre des *Donations et testaments;* et, à cette occasion, nous avons tracé les limites que, dans notre opinion, reçoit le pouvoir de celui qui dispose pour le temps où il ne sera plus. Le propriétaire a un

(1) Rejet, chambre civile, 9 février 1848 (Dalloz, 1848. 1, 97).
(2) Pothier, *Du mandat*, n° 108.
(3) Paris, 10 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2. 1). Duranton, t. XVIII, p. 292, n° 284; Pont, t. I, p. 603, n° 1145.

pouvoir absolu pendant sa vie; mais, à l'instant même où il meurt, ce pouvoir cesse, puisque dès cet instant la propriété et, régulièrement, la possession passent à ses héritiers. Si, à partir de sa mort, le propriétaire ne peut plus faire aucun acte de disposition, il ne peut pas donner non plus mandat de faire quoi que ce soit en son nom. En effet, c'est le mandant qui agit par l'organe du mandataire; or, comment le mandataire représenterait-il et commencerait-il à représenter une personne qui est morte? On dira que ce n'est pas le défunt qui est représenté par le mandataire, que ce sont ses héritiers que le mandataire représente. Ici est le nœud de la difficulté : le défunt peut-il lier ses héritiers par un contrat qui ne le liait pas lui-même? Il nous semble que poser la question, c'est la résoudre. Un contrat ne se forme que par concours de consentement. Or, au moment du décès, le mandant ne peut plus consentir et les héritiers ne consentent pas; dès lors le contrat ne peut pas se former. Dira-t-on que le mandat s'est formé pendant la vie du mandant? Non, car le mandant n'a pas entendu s'obliger, puisque le mandat ne doit commencer qu'à sa mort; il entend donc obliger ses héritiers, sans que lui-même le soit; or, cela est impossible, puisque les héritiers ne sont obligés que comme successeurs universels du défunt. Ceci répond à une autre objection. Nous avons admis, avec la doctrine et la jurisprudence, que les parties contractantes peuvent convenir que le mandat continuera à l'égard des héritiers; s'il peut continuer, dit-on, pourquoi ne pourrait-il pas commencer? La raison en est très-simple. Nous promettons et nous stipulons pour nous et pour nos héritiers, en ce sens que, si nous sommes obligés, nos héritiers le seront comme succédant à nos obligations, de même qu'ils exercent nos droits. Mais, si nous ne sommes pas liés, nos héritiers ne peuvent pas l'être, sinon par leur consentement; donc le contrat ne commence qu'à partir de ce consentement.

89. La lutte de la libre pensée contre l'Eglise a donné lieu à une question qui se rattache à la matière dont nous venons de traiter. Dès que la pensée s'éveille, l'homme se détache d'une Eglise fondée sur la superstition et sur l'igno-

rance : tous ceux qui pensent cessent par cela même d'être catholiques. S'ils avaient le courage de confesser ce qu'ils croient et ce qu'ils ne croient pas, il n'y aurait plus dans l'Eglise que des hommes qui ne pensent pas. La plupart de ceux qui se détachent ainsi de la foi traditionnelle cessent de pratiquer pendant leur vie, mais, à la mort, il est facile aux ministres de l'Eglise de surprendre un semblant de confession : que dis-je? ils confessent, à la rigueur, des cadavres; il leur suffit pour cela de la complicité de quelque femme idiote; et puis les organes de l'Eglise chantent triomphe! C'est le triomphe du mensonge et de la fraude, il ne leur reste guère d'autre victoire à célébrer. Toujours est-il que l'ignoble comédie que les gens d'Eglise jouent au lit des mourants ou des morts a soulevé l'indignation des hommes droits et vrais; ils se sont dit qu'il fallait mettre les libres penseurs à l'abri de ces attentats, en donnant mandat à un ami de veiller à ce que les prêtres ne puissent pénétrer chez eux dans leurs derniers moments, et à ce qu'ils soient enterrés sans des cérémonies religieuses auxquelles ils ne croient plus. On demande si cela peut se faire par testament? Il y a deux mandats dans l'espèce : un mandat entre-vifs et un mandat testamentaire. C'est pendant la vie du mandant que le prêtre pénètre dans la chambre des mourants, c'est donc pendant la vie du mandant que le mandataire est appelé à exécuter son mandat; dès lors le mandat doit se donner dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par un écrit sous seing privé, sans autre formalité que la signature; le nom du mandataire peut rester en blanc. Pour prévenir tout débat dans ces tristes moments, où d'ordinaire le mandant n'a plus le plein usage de ses facultés intellectuelles, il serait bon d'assurer date certaine au mandat en l'enregistrant. Il faut se garder de donner ce premier mandat par testament, car, le testament n'ayant effet qu'à la mort du testateur, la famille, complice des ministres de l'Eglise, pourrait écarter le mandataire, en lui disant qu'il n'a aucun mandat entre-vifs.

Le second mandat ne reçoit son exécution qu'après la mort du mandant. Ici il n'y a plus de doute quant à la forme : l'acte doit être dressé dans la forme testamentaire.

Mais ces formes suffisent-elles pour valider un simple mandat conçu en ces termes : « Je charge mon ami A... de veiller à ce qu'on m'enterre sans cérémonie religieuse aucune. » Si l'acte ne contenait que cette disposition sans aucun legs, on pourrait en contester la validité. A notre avis, il n'y a pas de testament quand le testateur ne dispose pas de ses biens; l'article 895 le dit. Vainement objecterait-on que la loi permet de nommer un exécuteur testamentaire chargé de remplir les dernières volontés du testateur; nous répondons qu'il ne peut y avoir d'exécution testamentaire sans testament (art. 1031), et il n'y a pas de testament sans disposition de biens (t. XIV, n° 324). Il est, du reste, très-facile de répondre au vœu de la loi; le testateur n'a qu'à instituer légataires ses héritiers légaux. Voilà le testament; vient ensuite le mandat tel que nous venons de le formuler.

On peut encore faire une objection, et il faut s'attendre à une violente opposition là où l'on combat la domination de l'Eglise. Le mandat relatif à l'enterrement n'est pas prévu par la loi; or, l'homme ne peut faire après sa mort que ce que la loi l'autorise à faire, puisqu'il n'a plus de volonté à manifester alors qu'il ne vit plus (t. XIV, n° 332). Le principe est incontestable, mais la loi y déroge pour les actes de dernière volonté; et l'exception s'est introduite précisément pour les dispositions religieuses que le testateur voudrait prendre et que les héritiers trop souvent négligeraient. Un homme riche, mais vrai chrétien, déclare dans son testament qu'il veut être enterré comme on enterre les pauvres. Personne ne contestera la validité d'une pareille disposition; donc on doit aussi valider une disposition relative à l'enterrement religieux. Je puis dire que j'entends être enterré selon les rites de telle confession religieuse; je dois aussi avoir le droit de déclarer que je ne veux d'aucun ministère religieux. Si on limite les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, c'est parce que le testateur ne peut pas entraver le droit de propriété de ses héritiers, à qui les biens du défunt appartiennent dès l'instant de son décès; or, dans l'espèce, il ne s'agit point des biens que le testateur délaisse, il dispose de ses restes mortels; et qui oserait lui dénier ce droit?

§ II. *De l'interdiction.*

90. Le mandat finit par l'interdiction du mandant ou du mandataire (art. 2003). On conçoit que le mandat finisse par l'interdiction du mandataire : l'interdit est privé de l'exercice de ses droits civils, en ce sens qu'il est frappé d'une incapacité absolue de contracter en ce qui concerne ses intérêts pécuniaires; dès lors il est impossible qu'il remplisse le mandat qui lui a été confié. C'est le tuteur qui représente l'interdit dans tous les actes qu'il doit faire; mais le tuteur ne saurait être mandataire, ce n'est pas à lui que le mandat a été donné, c'est à l'interdit, et la confiance est attachée à la personne du mandataire, elle ne se transmet pas à son tuteur.

Le mandat finit aussi par l'interdiction du mandant; à la rigueur, le mandataire pourrait continuer sa gestion; et l'amitié qui l'a porté à accepter le mandat devrait l'engager à en poursuivre l'exécution lorsque le mandant, son ami, est frappé d'une de ces terribles maladies qui ne permettent plus au malade de soigner ses intérêts. Pourquoi donc la loi veut-elle que le mandat finisse de plein droit par l'interdiction du mandant? C'est que le changement d'état opéré par l'interdiction apporte un changement essentiel dans les relations des parties contractantes. Le mandataire rend un service à un ami; ce service est gratuit, car il ne faut jamais perdre de vue que les dispositions du code supposent la gratuité du mandat; les relations qui se forment entre les parties sont donc celles de l'amitié; quand le mandataire est appelé à rendre compte de sa gestion, il doit s'attendre à ce que le mandant mette dans l'exercice de ses droits la même affection que, de son côté, il a mise dans l'exécution de ses obligations, c'est-à-dire que tout se passera entre amis, et non d'après le droit strict. Il n'en sera plus ainsi quand le mandant est interdit : le mandataire aura affaire à un tuteur, qui ne connaît et ne doit connaître que le droit du mandant; et il doit maintenir ce droit, c'est là sa première obligation. Ainsi le changement d'état du man-

dant change entièrement les relations qui se forment par le mandat; il est donc juste que ces relations soient rompues.

91. La femme change aussi d'état quand elle se marie, puisque, de capable qu'elle était, elle devient incapable. En faut-il conclure que le mandat qu'elle a donné finit, ainsi que le mandat qu'elle a reçu? Si la femme est mandataire, le mandat doit cesser par les raisons que nous venons de dire (n° 90). Incapable de contracter, ce n'est plus la femme qui agira, c'est le mari, administrateur légal de ses biens; or, le mandant a entendu contracter avec la femme et non avec son mari. C'est la doctrine de Pothier, et elle est suivie par les auteurs modernes. Il y a cependant un motif de douter; la femme mariée peut être mandataire sans l'autorisation de son mari : pourquoi ne pourrait-elle pas continuer le mandat quand elle se marie? Il paraît bien que telle a été la pensée des auteurs du code, car ils avaient sous les yeux le traité de Pothier, qu'ils suivent pas à pas; or, Pothier pose le principe en termes généraux; le changement d'état, dit-il, qui survient dans la personne du mandant n'éteint pas moins le mandat que la mort du mandant. Puis il applique son principe à la femme mariée et à l'interdit. Mais Pothier ne dit pas que le mandat finit par le changement d'état du mandataire (1). Qu'ont fait les auteurs du code? Ils n'ont pas reproduit le principe du changement d'état, ils ont seulement admis que le mandat finit par l'interdiction. Ne faut-il pas conclure de là que le changement d'état laisse subsister le mandat? Quand la femme est mandante, le changement d'état n'a d'autre effet que de rendre le mandataire comptable envers le mari, si celui-ci a l'administration des biens de la femme; si la femme conservait la libre administration de ses biens, il n'y aurait aucun motif pour que le mandat cessât. Peut-être le législateur n'a-t-il pas voulu entrer dans toutes ces distinctions. Toujours est-il que le silence de la loi suffit, à notre avis, pour que l'on doive admettre que le mandat ne finit pas de plein droit par le changement d'état de l'une des parties contractantes.

(1) Pothier, *Du mandat*, n°s 103 et 101. Comparez Duranton, t. XVIII, p. 295, n° 286, et Pont, t. I, p. 604, n° 1147.



Les auteurs modernes décident la question, en ce qui concerne le mandant, par une autre considération. Ils enseignent que le mandat finit quand le mandant, par suite du changement d'état, n'aurait plus le droit de conférer le mandat qu'il a donné alors qu'il était capable. Ainsi le prodigue qui a donné mandat d'aliéner alors qu'il n'était pas placé sous conseil, ne pouvant plus aliéner ni, par conséquent, donner mandat d'aliéner quand il est placé sous conseil judiciaire, il en résulte, dit-on, que le mandat est révoqué. Il nous semble que tel n'est pas le vrai motif de décider. Le bail ne finit pas quand le bailleur est interdit ou placé sous conseil, quand même le bail dépasserait les bornes d'un acte d'administration. S'il en est autrement du mandat donné par une personne qui depuis est interdite, ce n'est pas parce que l'interdit n'a pas le droit de conférer un mandat, c'est parce que le changement d'état altère les relations que le mandat suppose entre le mandant et le mandataire. C'est donc au législateur à voir si ce changement est assez considérable pour que le mandat doive cesser. Partant, le silence de la loi suffit pour décider la question.

§ III. *De la déconfiture et de la faillite.*

92. Le mandat finit par la déconfiture du mandant ou du mandataire (art. 2003). Il est admis, par la doctrine et par la jurisprudence (1), que le mandat finit aussi par la faillite, parce que la faillite n'est autre chose que la déconfiture du commerçant. Il n'est pas tout à fait exact de dire que la faillite soit la déconfiture, car la déconfiture est l'état d'insolvabilité; tandis que la faillite est l'état de cessation de payement, et un commerçant peut cesser ses payements sans être insolvable. Toutefois, en ce qui concerne le mandat, on peut assimiler la faillite à la déconfiture; il y a plus, les motifs que l'on donne pour justifier la cessation du mandat s'appliquent à la faillite plutôt qu'à la déconfiture.

(1) Pont, t. I, p. 605, n° 1149. Cassation, 24 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 329).

Pourquoi le mandat finit-il quand le mandant tombe en déconfiture? Parce que, dit Tarrible, le désordre de ses affaires a entraîné la subversion générale de sa fortune; tout ce qu'il possédait a passé dans les mains de ses créanciers (1). Cela est vrai de la faillite qui dépossède le failli de l'administration de ses biens; cela n'est pas vrai du débiteur civil qui est en déconfiture, car il conserve la gestion de sa fortune; aussi a-t-il été jugé que le débiteur en déconfiture peut donner un mandat concernant soit l'administration, soit la disposition de ses biens; ce qui est très-juste, car, ayant le pouvoir d'administrer et de disposer, il peut donner à un mandataire le pouvoir de faire ces mêmes actes (2). Il n'y a donc pas de raison de faire cesser le mandat à raison d'une incapacité qui viendrait frapper le mandant. Il n'y en a pas non plus à raison du changement d'état qui se serait opéré en sa personne, car son état reste le même; il peut faire, quoique insolvable, ce qu'il pouvait faire étant solvable. En définitive, la loi a appliqué, par inattention, au débiteur civil qui est en déconfiture ce qui n'est vrai que du débiteur failli.

Pourquoi le mandat finit-il par la déconfiture ou la faillite du mandataire? Tarrible répond : Parce que le mandataire ne mérite plus aucune confiance. En effet, le mandataire répond de sa gestion, et cette responsabilité devient dérisoire quand le mandataire tombe en déconfiture ou en faillite. Pour le failli, il y a une raison de plus; il est dessaisi de l'administration de ses biens; ce seraient donc, en réalité, les syndics ou les agents de la faillite qui exécuteraient le mandat; or, le mandant a traité avec le mandataire à raison de la confiance qu'il avait en lui, considération toute personnelle, qui doit faire cesser le mandat, car le mandant n'a certes pas voulu confier la gestion de ses intérêts aux syndics d'une faillite.

93. La loi met la déconfiture sur la même ligne que la mort et l'interdiction; dans tous ces cas, le mandat prend fin de plein droit. Cela est sans difficulté pour la faillite qui est déclarée par un jugement; mais la déconfiture est

(1) Tarrible, Rapport, nº 24 (Locré, t. VII, p 383).
(2) Bruxelles, 20 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 152).

un simple état d'insolvabilité, qui se manifeste par les poursuites des créanciers. Il faut donc qu'il y ait des poursuites, des saisies pour que le débiteur soit en déconfiture (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Société*. (T. XXVI, n° 387.)

94. Les actes que le mandataire fait après qu'il est tombé en déconfiture ou en faillite sont nuls, puisqu'il n'a plus le droit d'agir. Cela veut dire que ces actes ne peuvent pas être opposés au mandant. On demande si le mandataire peut se prévaloir de cette nullité. La cour de cassation a jugé que le mandataire failli ne peut opposer la nullité des actes par lui faits après sa faillite; le mandant seul a ce droit (2). Au premier abord, cela paraît en opposition avec le principe que le mandat cesse de plein droit. Si le pouvoir en vertu duquel le mandataire agit cesse de plein droit, n'en faut-il pas conclure que les actes par lui faits tombent aussi de plein droit? Non, car la loi elle-même valide les actes que le mandataire a faits dans l'ignorance de la cause qui a fait cesser le mandat; et elle dispose que les engagements sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi (art. 2008 et 2009). La loi tient donc compte des circonstances de la cause; ce qui exclut la nullité de plein droit. Cela est aussi conforme aux principes généraux qui régissent la nullité. Quand la nullité est d'intérêt privé, elle ne peut être demandée que par la partie dans l'intérêt de laquelle elle a été introduite. Or, la cessation du mandat et les conséquences qui en résultent sont essentiellement d'intérêt privé; c'est dans l'intérêt du mandant que la loi met fin au mandat, c'est donc lui seul qui peut invoquer la nullité des actes que le mandataire fait.

95. Tout mandat ne finit pas par la faillite ou la déconfiture des parties contractantes. L'article 2003 suppose un mandat ordinaire donné uniquement dans l'intérêt du mandant. Quand le mandat est donné dans l'intérêt du failli, il va sans dire que le mandat n'est pas révoqué par la faillite; la masse a intérêt à l'exécution du mandat, et les syn-

(1) Gand, 29 juillet 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 188).
(2) Cassation, 24 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 329).

dics ou les agents sont chargés de maintenir et de poursuivre l'exécution de toutes les conventions qui donnent un droit au failli. Par contre, la masse est obligée par les conventions où le failli figure; donc par le mandat, quand ce mandat fait partie d'un ensemble de conventions conclues de bonne foi; le mandat est, dans ce cas, une clause d'un contrat synallagmatique; et ces conventions conservent leur efficacité après la déclaration de faillite du mandataire, sauf aux représentants de la masse à veiller à ce que le mandat soit exécuté d'après les termes du contrat. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation. Dans l'espèce, le mandat était une clause accessoire d'un échange, et il avait été donné dans l'intérêt de toutes les parties contractantes; dès lors ce n'était plus le contrat unilatéral que suppose l'article 2003; le mandat formait une convention bilatérale, obligatoire pour la masse, de même que la masse pouvait l'invoquer pour les droits qu'elle accordait au débiteur. Vainement invoquait-elle l'article 2003; lui permettre de rompre le mandat, tout en profitant du contrat en tant qu'il en résultait des droits pour le débiteur, c'eût été scinder le contrat; ce qui est contraire à tout principe (1).

§ IV. *De la révocation du mandat.*

96. Le mandat finit par la révocation du mandataire (art. 2003); aux termes de l'article 2004, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. C'est une dérogation à une règle fondamentale des conventions; d'après l'article 1134, elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. Pourquoi la loi permet-elle au mandant de révoquer le mandat par sa seule volonté? L'Exposé des motifs répond à la question : « Quand un homme confie ses intérêts à un autre, il est toujours sous-entendu que celui-ci n'en restera chargé qu'autant que la confiance qui lui a été accordée continuera; car le mandant

(1) Rejet, chambre civile, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1872, 1, 300). Liége, 4 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 82).

n'aliène ni à perpétuité, ni même à temps, le plein exercice de ses droits, et le mandat cesse quand il plaît au mandant de notifier son changement de volonté (1). » Il faut ajouter que le mandat se donne dans l'intérêt unique du mandant; c'est son affaire qui est l'objet du mandat, il doit donc avoir le droit d'arrêter l'exécution du mandat quand il change d'avis ou que ses intérêts se modifient. Le mandataire rend un service au mandant; or, un service à rendre ne constitue pas un droit; donc le mandataire n'a pas de droit à opposer au mandant, quand celui-ci déclare ou qu'il n'a plus besoin de ce service, ou qu'il ne veut plus que le mandataire le lui rende. Il n'est pas nécessaire que le mandant motive sa révocation; l'article 2004 dit qu'il peut révoquer sa procuration « quand bon lui semble », donc sans donner aucun motif; c'est un droit pour le mandant, et il en use comme il veut.

97. Cela est sans difficulté quand le mandat est gratuit, et c'est ce que le code suppose toujours; il ne fait que consacrer des règles traditionnelles, comme l'a dit l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs (2); or, dans l'ancien droit, le mandat était gratuit de son essence; de sorte que le mandataire n'avait aucune raison de s'opposer à une révocation qui le délivrait, en réalité, d'une charge. D'après le code civil, le mandat peut être salarié, et il l'est souvent. De là la question de savoir si le droit absolu de révocation reçoit son application quand le mandataire est salarié. L'affirmative est admise par la doctrine et la jurisprudence (3), et elle ne saurait être contestée; la loi ne distingue pas entre le mandat gratuit et le mandat salarié; ce qui tranche la question, puisqu'il n'est pas permis à l'interprète d'introduire des distinctions dans la loi. Le législateur aurait peut-être dû distinguer dans plus d'une des dispositions qui impliquent la gratuité du mandat, l'interprète doit prendre la loi telle qu'elle est. On peut d'ailleurs la justifier en ce qui concerne la révocation du mandat même sa-

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. VII, p. 375).
(2) Berlier, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. VII, p. 376).
(3) Duranton, t. XVIII, p. 279, n° 272, et tous les auteurs. Rejet, cour de cassation de Belgique, 24 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1. 484).

larié. Il reste toujours vrai de dire que tout mandat a pour objet principal l'intérêt du mandant; si le mandataire reçoit un salaire, cela n'empêche pas qu'il fasse la chose pour le mandant et en son nom. On pourrait seulement demander si le mandant qui révoque le mandataire ne lui doit pas une indemnité. En principe, non; cela résulte des termes absolus de la loi. Le mandant révoque le mandat quand bon lui semble; la loi n'ajoute aucune réserve en faveur du mandataire. Ainsi le mandant exerce un droit, et celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne; il n'est pas censé faire tort au mandataire qu'il révoque, celui-ci est salarié à raison du service qu'il rend; s'il ne rend plus de service, il ne peut plus réclamer de salaire.

98. Toutefois l'application du principe n'est pas sans difficulté. La théorie du code suppose que le mandat est une chose très-secondaire pour le mandataire, un simple accident dans sa vie. Cette supposition n'est pas toujours exacte; il y a des mandataires qui trouvent leurs moyens de subsistance dans les mandats ou commissions qu'ils accomplissent; il est certain que la révocation d'un commis qui exerce un mandat lui cause un préjudice, s'il ne trouve pas immédiatement une autre position; ne serait-il pas juste de lui accorder une indemnité? La loi ne lui en donne pas, il ne peut donc y avoir droit qu'en vertu d'une convention expresse ou tacite.

La cour de cassation a très-bien posé le principe. Il est de la nature du mandat, dit-elle, que le mandant puisse révoquer sa procuration quand bon lui semble; et l'exercice légitime de ce droit ne le soumet à aucuns dommages-intérêts envers le mandataire. Mais aucune disposition de la loi ne défend de modifier le contrat de mandat par des conventions particulières; il est donc loisible aux parties de stipuler que la procuration ne pourra être révoquée sans que le mandataire reçoive une indemnité. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Mais faut-il que cette convention soit expresse? Non, puisque le consentement des parties peut être tacite. Dans l'espèce, il s'agissait du mandataire d'une compagnie d'assurances sur la vie. Après avoir inutilement tenté de se créer une clientèle dans l'Alsace, la

compagnie, dit la cour de Colmar, fut assez heureuse pour trouver un agent intelligent et actif qui réussit à lui procurer des adhésions; c'est sur les insistances de la compagnie que cet agent entra définitivement à son service comme mandataire. Tel fut le point de départ de l'affaire. D'après la convention qui intervint entre la compagnie et son mandataire, celui-ci devait toucher 30 pour 100 sur les affaires nouvelles et 3 pour 100 sur l'encaissement des primes annuelles. Le mandataire fut révoqué. Avait-il droit à une indemnité? Le premier juge décida la question en sa faveur, mais en termes trop absolus. D'après l'intention manifeste des parties, dit la cour de Colmar, le mandataire devait conserver son agence, à moins qu'il ne s'en rendît indigne, jusqu'à ce qu'il eût trouvé, dans la perception successive des 3 pour 100, une compensation à ses frais et la récompense de ses soins et de son dévouement. D'ailleurs, ajoute-t-elle, l'équité de même que les usages ne permettent pas à une compagnie d'assurances de congédier, sans dédommagement, un agent qui n'a pas démérité. N'est-ce pas renverser la règle que l'article 2004 établit? La loi dit que le mandant peut révoquer à volonté le mandataire, et la cour dit qu'il ne peut le révoquer qu'en l'indemnisant; ce qui restreint singulièrement le pouvoir absolu du mandant. La cour prévoit l'objection, et elle essaye d'y répondre : « Si le mandant a, d'une manière *absolue* et incontestable, le droit de révoquer ses agents, l'exercice de ce droit, qui peut se justifier quand il s'agit d'un employé coupable d'une grande négligence, ou de torts plus graves, n'est plus qu'une rupture abusive et dommageable quand la révocation a lieu sans *cause légitime* (1). » La décision de la cour est contradictoire; elle reconnaît au mandant le pouvoir *absolu* de révocation, et elle ne lui permet de l'exercer, sans indemnité, que pour *cause légitime*. Nous n'entrons pas dans l'examen des faits; peu importe que le mandataire eût toujours reçu des témoignages de l'entière satisfaction de ses commettants, cela est étranger à la question de droit. En réalité, la cour confond le mandat avec le louage d'in-

(1) Colmar, 31 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 2, 265). Comparez Bordeaux, 7 août 1835 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 424).

dustrie, et elle applique au mandataire les principes que la jurisprudence a consacrés en faveur des commis (t. XXV, nos 508-515). Nous ne disons pas qu'elle a tort, mais il faut voir si sa théorie se concilie avec l'article 2004.

Sur le pourvoi, la chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet, mais la cour de cassation a soin de restreindre la doctrine trop absolue de l'arrêt attaqué. Elle prend comme point de départ la convention tacite qui était intervenue entre la compagnie d'assurances et son agent; cette convention dérogeait au pouvoir absolu que l'article 2004 accorde au mandant, en ce sens que le mandant ne pouvait révoquer le mandataire sans l'indemniser, à moins qu'il n'y eût une faute imputable à l'agent. C'est cette convention que la compagnie avait violée. La cour conclut qu'en condamnant, *dans de semblables circonstances*, la compagnie à indemniser son mandataire révoqué, la cour de Colmar n'a méconnu aucun principe de droit, et que sa décision est justifiée par l'usage et par l'équité (1).

99. Tels sont les vrais principes. En l'absence d'une convention, le mandant conserve le droit absolu de révocation, sans indemnité aucune. Le mandataire n'a donc droit à une indemnité qu'en prouvant qu'elle lui a été promise, par dérogation à la loi. En admettant que cette dérogation peut être tacite, la cour de cassation est déjà sur la pente des concessions qu'elle fait aux nécessités de la vie réelle, concessions que le législateur aurait dû faire. Toujours est-il qu'il dépend des juges du fait de décider, d'après les circonstances de la cause, s'il y a ou non une convention qui déroge à l'article 2004. La cour de Grenoble, tout en acceptant les principes consacrés par la cour de cassation, est arrivée à une conclusion contraire dans une affaire tout à fait analogue. L'agent principal d'une compagnie d'assurances nomme un agent particulier pour un canton; la convention donnait au mandataire 10 pour 100 sur le montant perçu comptant de toute assurance obtenue par ses soins et 10 pour 100 pour l'encaissement de tous les billets de prime. L'agent fut révoqué : une indemnité lui

(1) Rejet, 8 avril 1857 (Dalloz, 1858, 1, 134).

était-elle due? La cour rappelle que la rémunération du mandataire ne met pas d'obstacle au pouvoir de révocation; en effet, le mandat repose sur la confiance et la volonté du mandant, qui reste maître de l'affaire et libre, par conséquent, d'en reprendre lui-même la gestion ou de la confier à un autre mandataire, sans être tenu de payer aucune indemnité au mandataire révoqué. Puis la cour pose en principe, avec la cour de cassation, que les parties peuvent déroger à l'article 2004 en stipulant une indemnité au profit du mandataire en cas de révocation; la cour admet encore que cette dérogation ne doit pas être expresse, qu'elle peut résulter soit de la nature spéciale du mandat, soit des clauses sous lesquelles il est contracté; mais il est aussi de principe que toute exception à la loi doit être certaine. La cour examine ensuite les clauses qui réglaient les bénéfices de l'agent, et elle y trouve la preuve que l'agent était suffisamment rétribué de ses peines et de ses soins par les bénéfices que la convention lui assurait; elle en conclut que l'on ne peut pas induire de la convention l'engagement tacite pris par la compagnie de payer une indemnité à l'agent en cas de révocation. D'un autre côté, la cour constate que l'usage n'était point d'accorder une indemnité aux agents révoqués. Enfin, elle dit que la révocation n'avait porté aucune atteinte à la considération du mandataire. Elle conclut qu'il n'existait, dans l'espèce, ni obligation violée, ni préjudice indûment causé, ni, par conséquent, aucun droit à des dommages-intérêts (1).

100. L'arrêt que nous venons d'analyser suppose que la révocation peut donner droit à une indemnité quand elle porte atteinte à la considération de l'agent révoqué. Cela est trop vague. Si la révocation n'est pas motivée, le mandataire n'a pas le droit de se plaindre, puisqu'on ne sait pas pour quelle cause il a été révoqué. En supposant même que la révocation soit fondée sur des faits de négligence, d'improbité, il faut voir si le mandant peut fournir la preuve de ses allégations; dans ce cas, la réputation de l'agent en souffrira, mais il ne serait pas reçu à se plaindre d'une révoca-

(1) Grenoble, 13 juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 207).

tion injurieuse, puisqu'il est le premier coupable. Il en serait autrement si les faits imputés à l'agent n'étaient pas exacts; dans ce cas, l'agent révoqué pourrait réclamer des dommages-intérêts en vertu des articles 1382 et 1383, parce qu'il y aurait un délit civil. Nous citerons un exemple emprunté à la jurisprudence.

Un bâtiment est armé pour la pêche des petits cétacés. Le capitaine, découragé par les premières opérations restées infructueuses, écrit à son armateur que si la pêche continuait à être si mauvaise, il était dans l'intention de fréter le navire pour le continent ou les colonies. Sur cela, l'armateur conçut des soupçons; il révoqua le mandat, en écrivant à son correspondant que le capitaine avait eu la pensée de s'approprier le navire pour se mettre au service du gouvernement dominicain. Le correspondant communiqua ces soupçons et ces craintes à un vice-amiral de France, lequel fit poursuivre le capitaine par un bâtiment de l'Etat; le capitaine fut arrêté, mais bientôt remis en liberté. De retour en France, il réclama des dommages-intérêts, que le tribunal de commerce lui refusa, par le motif que l'armateur n'avait fait qu'user de son droit. En appel, la décision a été réformée. Sans doute, dit la cour de Rouen, l'armateur a le droit de révoquer le capitaine, mais le droit le plus certain et le plus absolu reçoit des limites. Le propriétaire ne peut user de son droit en lésant le droit d'autrui; de même le mandant ne peut révoquer le mandat en se livrant à des actes vexatoires contre le mandataire. Si l'armateur s'était borné à révoquer le capitaine, il serait resté dans les limites de son droit, bien que ses soupçons se trouvassent mal fondés; mais il n'avait pas le droit de communiquer ces soupçons injurieux à son correspondant, et d'amener sur le capitaine et sa famille une exécution militaire qui occasionna la mort de sa femme; il n'avait pas le droit de représenter le capitaine comme un aventurier et de le traiter comme un pirate. En conséquence, la cour le condamna à 6,000 francs de dommages-intérêts, non compris les frais de repatriement dus au capitaine (1).

(1) Rouen, 16 juin 1853 (Dalloz, 1853, 2, 158).

101. La révocation du mandat peut être expresse ou tacite. Pothier le dit, en donnant un exemple emprunté aux lois romaines; le code le reproduit dans l'article 2006 : « La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier. » Pothier dit en termes généraux qu'il y a certains faits qui font *présumer* la révocation. Le langage du code est plus exact; révoquer un mandat, c'est manifester une volonté; or, le consentement ne se présume jamais; on l'induit, quand il n'est pas exprès, de faits qui supposent nécessairement que celui qui les pose manifeste par là une certaine volonté; dans l'espèce, celle de révoquer le mandataire. Ainsi, après avoir chargé d'une affaire un premier mandataire, je charge de cette même affaire une autre personne : quelle peut être mon intention? On n'en voit pas d'autre, sinon celle de remplacer le premier mandataire par le second, c'est-à-dire de révoquer le premier mandat. Si mon intention avait été de charger simultanément de l'affaire les deux mandataires, je m'en serais expliqué; mon silence prouve que j'entends charger le second mandataire de toute l'affaire, donc à l'exclusion du premier (1).

Il en est ainsi à moins qu'il n'y ait d'autres faits ou d'autres circonstances qui manifestent une volonté contraire, celle de maintenir le premier contrat. Pothier a recours à des présomptions pour expliquer la non-révocation du mandat, malgré la nomination d'un second mandataire. Nous avons dit bien des fois que les anciens jurisconsultes aimaient à procéder par voie de présomptions. Il faut abandonner ce langage, parce qu'il induit en erreur. Les présomptions, quand la loi ne les établit point, ne sont admises que dans les cas où la preuve testimoniale est reçue, donc par exception. Dans l'espèce, il s'agit de savoir si la volonté du mandant est de révoquer le mandat : c'est à celui qui prétend qu'il y a révocation de le prouver, et, en règle générale, il ne peut pas invoquer des présomptions pour faire cette preuve. S'il se prévaut des faits posés par le mandant, il faut que ces faits soient de telle nature qu'ils

(1) Rejet, 25 juin 1872 (Dalloz, 1874, 1, 38).

ne puissent pas recevoir une autre interprétation. C'est l'application des principes qui régissent le consentement tacite. Nous croyons inutile de rapporter les exemples que Pothier donne et que les auteurs modernes reproduisent; la question est toujours de fait, et la théorie est de très-peu de secours dans des difficultés souvent très-grandes, car les faits varient d'une cause à l'autre (1).

102. Faut-il que la révocation soit notifiée au mandataire? L'article 2004, qui pose le principe de la révocabilité du mandat, ne dit pas comment la révocation doit être portée à la connaissance du mandataire; il faut naturellement que celui-ci sache que ses pouvoirs sont révoqués, quoique son consentement ne soit pas nécessaire pour la révocation; s'il l'ignore, le mandat subsiste par cela même à son égard, ainsi qu'à l'égard des tiers de bonne foi; c'est ce que disent les articles 2005 et 2008. Il importe donc de savoir comment la révocation peut ou doit être portée à la connaissance du mandataire et des tiers. Aux termes de l'article 2005, la révocation *notifiée* au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation. L'article 2006 suppose aussi que la révocation d'un premier mandataire par la constitution d'un mandataire nouveau est portée à la connaissance de l'ancien mandataire par une *notification* du second mandat. Nous disons que la loi *suppose* une notification, elle ne la prescrit pas comme une condition de validité de la révocation. La révocation n'est pas un acte solennel, puisqu'elle peut être tacite; et il n'y a pas de forme sacramentelle non plus pour faire connaître la révocation au mandataire ou aux tiers. Le texte même du code le prouve. Il résulte des articles 2008 et 2009 que, si le mandataire et les tiers traitent dans l'ignorance de la cause qui a mis fin au mandat, les actes qu'ils font sont valables; tandis qu'ils ne peuvent pas être opposés au mandant, si le mandataire et les tiers savent que le mandat a cessé; et la loi ne dit pas comment les tiers doivent acquérir cette connaissance : on reste donc

(1) Pothier, *Du mandat*, nos 114-119. Pont, t. I, p. 612, no 1161. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 54, note 5.

sous l'empire du droit commun. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

Quand il s'agit d'un mandat commercial, il est d'usage de porter les changements importants qui surviennent dans une maison à la connaissance du commerce en général, et particulièrement de ceux avec lesquels elle a entretenu des relations d'affaires. Dans une espèce qui a été portée devant la cour de cassation, la maison s'était contentée de déposer l'acte de révocation dans l'étude d'un notaire et de l'insérer dans les *Affiches parisiennes*. L'agent de la maison expédiait des quantités considérables de marchandises à des correspondants de Bordeaux, et tirait sur eux pour se couvrir. Le mandataire, sans tenir compte de la révocation de son mandat, continua ses relations avec la maison de Bordeaux; il commanda de vendre des marchandises dont les correspondants étaient détenteurs, afin de se couvrir de l'acceptation de diverses traites sur eux pour une somme de 30,000 francs; la vente n'ayant pas produit une somme suffisante, les négociants de Bordeaux tirèrent quatre traites sur la maison de Paris. On leur opposa la révocation du mandataire qui avait conduit toutes ces négociations. Il a été jugé que l'insertion d'une révocation dans les *Affiches parisiennes* était insuffisante pour avertir les tiers; la plus simple prudence devait engager la maison de Paris à donner avis à ses correspondants de Bordeaux de la révocation d'un mandat aussi considérable. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2).

103. Quel est l'effet de la révocation du mandat? Les pouvoirs du mandataire cessent, il n'a plus qualité pour représenter le mandant à l'égard des tiers. Nous reviendrons sur ce point. Comme le mandataire pourrait abuser de la procuration qui lui donne un titre pour traiter avec les tiers, la loi permet au mandant de contraindre le mandataire à lui remettre l'écrit sous seing privé qui

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 121. Aubry et Rau, t IV, p. 653, note 7, § 416. Pont, t. I, p. 614, n° 1162. Rejet, 14 mai 1829 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 432).

(2) Bordeaux, 2 juin 1869 (Dalloz, 1870, 2, 220), et Rejet, 23 mai 1870 (Dalloz, 1872, 5, 309, n° 16).

contient la procuration, et si l'acte est authentique, l'original en brevet ou l'expédition, s'il en a été gardé minute. L'article 2004 ajoute : « S'il y a lieu. » Il se peut que la procuration ait été donnée verbalement : dans ce cas, il n'y a rien à restituer, et le danger est moindre, puisque le mandataire est sans titre écrit. Toujours est-il qu'il peut abuser d'un mandat dont les tiers ignorent la révocation; il n'y a qu'un moyen de prévenir des abus de confiance, c'est de donner avis de la révocation aux tiers avec lesquels le mandataire se trouvait en relations d'affaires par suite de son mandat (1).

104. La révocabilité du mandat suppose qu'il est donné dans le seul intérêt du mandant. Si le mandataire ou un tiers y est intéressé, le mandat cesse d'être révocable. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2); c'est l'application du principe que nous avons déjà posé en traitant de la révocation du mandat par la mort des parties contractantes. Il en est de même quand le mandat est la condition, la suite ou le mode d'exécution, en d'autres termes, s'il est une des clauses d'un contrat synallagmatique, tel qu'un partage; le mandat participe, dans ce cas, de l'irrévocabilité de la convention, avec laquelle il forme un tout indivisible; la cour de Pau l'a jugé ainsi dans l'espèce d'un mandat donné par les copartageants à l'un d'entre eux. Il faut, dans ce cas, le concours de ceux qui sont parties à la convention pour révoquer le mandat; c'est le droit commun de l'article 1134, qui reçoit son application, et non la disposition exceptionnelle des articles 2003 et 2004 (3).

§ V. *De la renonciation du mandataire.*

105. « Le mandat finit par la renonciation du mandataire au mandat » (art. 2003). Ce droit n'est pas aussi absolu que l'article 2003 semble le dire. L'article 2007 détermine les conditions auxquelles l'exercice du droit est soumis.

(1) Tarrible, Rapport, n[os] 21 et 22 (Locré, t. VII, p. 382).
(2) Rejet, 6 janvier 1873 (Dalloz, 1873, 1, 116).
(3) Pau, 26 novembre 1873 (Dalloz, 1874, 5, p. 327, n° 10).

D'abord le mandataire qui veut renoncer au mandat doit notifier sa renonciation au mandant ; il faut que le mandant sache que le mandataire ne veut plus se charger de l'affaire dont il avait accepté la gestion, afin qu'il puisse chercher un autre mandataire, ou faire lui-même la chose qui est l'objet de la procuration. Si le mandataire ne donne pas avis de sa renonciation, celle-ci sera censée ne pas exister ; le mandataire reste chargé des obligations que le mandat lui impose, et, par suite, tenu des dommages et intérêts résultant de son inexécution (1).

Comment la notification doit-elle se faire? La loi ne prescrit aucune forme. Pothier se sert de l'expression *donner avis*. Il suffit donc que le mandataire ait informé le mandant, par une voie quelconque, de sa volonté de renoncer. Le mandat se donne par acte sous seing privé, par lettre et même verbalement ; il est naturel que la renonciation du mandataire puisse se faire de la même manière ; seulement il faut ajouter, avec l'article 1985, que l'on applique le droit commun en ce qui concerne la preuve. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

106. L'article 2007 établit une seconde condition pour la validité de la renonciation : elle ne doit pas porter préjudice au mandant. Le mandataire est lié par son acceptation ; si la loi lui permet de se dégager de l'obligation qu'il a contractée de gérer, c'est à condition que la renonciation ne cause aucun dommage au mandant. Telle est la raison que Pothier donne de la faculté de renoncer au mandat que la loi accorde au mandataire. Le mandataire s'oblige de faire la chose qui est l'objet du mandat ; or, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142), et les dommages-intérêts supposent un dommage causé ; si l'inexécution ne cause aucun préjudice au créancier, le débiteur qui manque à ses engagements ne peut subir aucune condamnation. Or, telle est la situation du mandataire qui renonce au mandat sans cause légitime ; en réalité, il manque à l'obligation qu'il a contractée ; mais si cette inexécution ne cause aucun pré-

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 43.

judice au mandant, celui-ci est sans action ; en ce sens, dit Pothier, le mandataire peut manquer impunément à ses engagements (1). Mais si la renonciation est préjudiciable au mandant, celui-ci pourra réclamer des dommages-intérêts contre le mandataire (2).

107. Il y a cependant un cas dans lequel le mandataire n'est pas tenu d'indemniser le mandant, c'est quand il se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat, sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. Cette disposition (art. 2007) est encore une de celles qui ne s'expliquent que par la gratuité du mandat. La loi suppose que le mandataire rend un service gratuit ; dans ce cas, l'équité demande que le mandataire puisse renoncer au mandat si l'exécution devait lui causer un préjudice considérable, bien que, de son côté, le mandant éprouve un préjudice de l'inexécution du mandat. Mais si le mandat est salarié, on ne voit pas pourquoi le mandataire pourrait impunément manquer à ses engagements, plutôt que l'acheteur ou le preneur. On dit que le mandat, quoique rétribué, reste un service, et qu'un service rendu ne doit pas tourner au préjudice de celui qui le rend. Cet argument, que l'on trouve souvent dans les auteurs, tient à une théorie qui, à notre avis, n'est pas celle du code ; on considère le salaire plutôt comme une récompense que comme la compensation exacte de ce que le mandataire fait ; c'est au fond la théorie traditionnelle du mandat gratuit. Le code qualifie de salaire la prétendue récompense, ce qui conduit à une doctrine toute différente ; le mandat salarié est un contrat commutatif, et, par conséquent, bilatéral, à notre avis ; dès lors aucune des parties ne devrait avoir le droit de se dégager de ses obligations sans indemniser l'autre du préjudice qu'elle lui cause en rompant le contrat.

108. Pothier dit que le mandataire peut renoncer au mandat, en ce sens qu'il n'est pas tenu du préjudice qui en résulte pour le mandant dans tous les cas où, depuis le contrat, il est survenu de justes causes qui déchargent le

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 44.
(2) Rejet, 7 juillet 1870 (Dalloz, 1871, 1, 268).

mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat; Pothier n'y met qu'une condition, c'est que le mandataire en donne avis au mandant. Tel est le cas de maladie; il est évident, dit Pothier, que le mandataire qui se charge du mandat n'entend s'en charger qu'autant que sa santé lui permettra de l'exécuter; lorsqu'une maladie, qu'on ne prévoyait pas, l'en empêche, c'est un cas fortuit dont il n'est pas garant. Pothier cite encore, d'après les lois romaines, le cas d'inimitiés capitales survenues entre le mandataire et le mandant, le cas du dérangement des affaires du mandant; et il ajoute, en quatrième lieu, toutes les causes d'empêchements légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat.

La doctrine traditionnelle doit-elle encore être suivie sous l'empire du code civil? On l'enseigne (1). A notre avis, il y a des doutes sérieux. Le droit de renoncer au contrat, alors que l'inexécution cause un préjudice au créancier, est certainement exceptionnel; et la dérogation porte sur une règle fondamentale en matière d'obligations contractuelles : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et par suite, elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel (art. 1134). Si les jurisconsultes romains, et Pothier à leur suite, ont admis une exception à ce principe, c'est en considération de la gratuité du mandat; il est certain que, lorsque le mandat est salarié, le droit de renonciation du mandataire ne se conçoit plus, si l'on suppose que l'inexécution est préjudiciable au mandant. Pour l'admettre, il faudrait un texte; or, les auteurs du code, qui avaient la théorie de Pothier sous les yeux, ne l'ont consacrée que sous la condition que l'exécution du mandat cause un préjudice considérable au mandataire. Hors ce cas, on reste sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'irrévocabilité du contrat. Il n'y a d'exception qu'en cas de maladie; quand il y a impossibilité physique d'exécuter le contrat, le débiteur n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts. C'est l'application de l'article 1148, aux termes duquel il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par

(1) Pont, t. I, p. 618, n° 1168. Pothier, *Du mandat*, n°s 39 42.

suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de faire ce à quoi il était obligé.

109. Le mandataire peut-il renoncer dans le cas où le mandat est irrévocable? Nous avons dit plus haut (n° 104) dans quels cas le mandat ne peut être révoqué. Quand un contrat est irrévocable, il faut appliquer le droit commun que nous venons de rappeler : aucune des parties ne peut, par sa seule volonté, rompre la convention (n° 108). Il n'y aurait d'exception que si le mandat n'était irrévocable qu'à raison de l'intérêt qu'y a le mandataire; dans ce cas, on appliquerait le principe qui permet à chacun de renoncer à un droit qui a été établi en sa faveur.

§ VI. *Dispositions générales.*

N° 1. ARTICLE 2008.

110. « Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide » (art. 2008). En règle générale, l'erreur dans laquelle se trouve l'une des parties contractantes ne valide pas ce qui, en vertu des principes, est nul. Or, dès que le mandat cesse, le mandataire est sans droit, et, par conséquent, tout ce qu'il fait en cette qualité devrait être nul. La loi déroge à la rigueur des principes par une considération d'équité. Domat dit, quand le mandat cesse par la mort du mandant, que la bonne foi du mandataire donne à ce qu'il a géré l'effet du pouvoir que le défunt lui avait donné (1). La bonne foi ne peut certes pas tenir lieu d'un pouvoir qui n'existe plus; mais l'équité exige que, par dérogation au droit strict, la loi maintienne ce que le mandataire a fait alors qu'il devait croire que son mandat subsistait (2). C'est aux parties qui ont intérêt à ce que l'exécution du mandat cesse, de porter à la connaissance du mandataire le fait qui a mis fin à ses pouvoirs.

(1) Domat, *Lois civiles*, livre I, titre XV, sect. IV, n° VI. Duranton, t. XVIII, p. 280, n° 174.
(2) Bruxelles, 27 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 29).

111. De ce que la loi maintient, par un motif d'équité, ce que le mandataire a fait, alors qu'il ignorait que son mandat eût cessé, il ne faut pas conclure que le mandat pourrait prendre naissance quand les parties se trouvent dans une des circonstances qui mettent fin au mandat et qui ne permettent pas au mandataire d'accepter le mandat. Telle est la faillite; elle fait cesser le mandat, et le failli ne peut pas donner un mandat, puisqu'il est dessaisi de l'administration de ses biens. Il est arrivé que, la déclaration de faillite rétroagissant au jour de la cessation des payements, le failli se trouvait avoir donné un mandat alors qu'il était déjà en faillite; le mandataire accepta le mandat, et il l'exécuta dans l'ignorance où il se trouvait de l'ouverture de la faillite. Etait-ce le cas d'appliquer l'article 2008? On l'a prétendu. L'erreur était évidente. En effet, l'article 2008 suppose un mandat qui a pris fin par la faillite, ou toute autre cause que le mandataire ignore; il doit donc se croire encore investi des pouvoirs qui lui avaient été légalement conférés. Tandis que si un failli donne un mandat, le contrat ne s'est jamais formé, à raison de l'incapacité du mandant, et, par conséquent, ce que le mandataire apparent a fait est frappé de nullité (1). Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les tiers qui payeraient entre les mains du mandataire apparent seraient libérés s'ils étaient de bonne foi, car le mandataire est en possession de la créance quand il a pouvoir de la toucher en vertu de son mandat; on peut donc appliquer l'article 1240. Mais cela ne regarde que le tiers de bonne foi, qui est libéré. Quant au mandataire, il n'aurait pas le droit de verser entre les mains du mandant les deniers qu'il aurait reçus.

112. La loi valide ce que le mandataire a fait dans l'ignorance de la cause qui a fait cesser le mandat. C'est une vraie fiction, puisque le mandataire est censé agir en vertu d'un pouvoir qu'il n'a plus. Cette fiction est établie dans l'intérêt du mandataire qui est de bonne foi. De là suit qu'elle ne peut pas être invoquée par le mandataire qui sait que ses pouvoirs ont cessé. Tout ce qu'il fait est

(1) Rejet, 14 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 168).

radicalement nul; il n'y aurait pas même lieu à ratification, car la ratification suppose qu'il y a un mandataire qui excède ses pouvoirs; tandis que, dans l'espèce, celui qui agit est sans pouvoir aucun. Le maître peut sans doute approuver ce qui a été fait pour lui, mais ce ne serait pas là une ratification proprement dite, ce serait une nouvelle convention.

113. Quand le mandataire continue sa gestion, alors que le mandat a pris fin, ce qu'il fait est valable ou nul, selon qu'il ignore ou connaît la cause qui a fait cesser ses pouvoirs. Qui doit faire la preuve de la connaissance ou de l'ignorance du mandataire? Si l'on s'en tient aux principes qui régissent la preuve, la réponse est très-simple. C'est à celui qui allègue un fait en justice d'en faire la preuve. Le mandant demande la nullité d'un acte fait par le mandataire après que le mandat avait pris fin; il refuse d'exécuter les engagements contractés en son nom par le mandataire : que doit-il prouver? La cause qui a mis fin au mandat. Dès que cette preuve est faite, les actes posés par le mandataire tombent. Par exception, la loi les maintient si le mandataire ignorait la cessation de son mandat; donc, quand le mandataire oppose sa bonne foi pour maintenir les actes qu'il a faits, c'est à lui de prouver son ignorance.

Les interprètes, qui aiment à décider les difficultés de preuve par des présomptions, ont imaginé une présomption pour mettre la preuve à charge du mandant ou du mandataire. Un mandataire intente un procès après la mort du mandant. L'action était valable si le mandataire était de bonne foi. Le premier juge décida que le mandataire devait être *présumé* avoir procédé dans l'ignorance de la mort du mandant. Sur le pourvoi, la cour cassa, parce que la *présomption contraire* était de droit (1). A notre avis, il y a erreur de part et d'autre; et l'erreur de la cour de cassation est encore plus inexcusable que celle de la cour dont elle a cassé l'arrêt. Dire qu'une présomption est de droit, c'est dire qu'il y a une présomption légale; et où est la loi

(1) Cassation, 29 avril 1845 (Dalloz, 1845, 1, 222). Comparez Pont, t. I, p. 620, nº 1173.

qui établit une présomption dans l'espèce? La loi garde le silence sur la preuve, et le silence de la loi n'engendre certes pas de présomption, puisque, aux termes de l'article 1350, la présomption légale est celle qui est attachée par une *loi spéciale* à *certains actes* ou à *certains faits*. Dans le silence de la loi, il ne peut donc pas s'agir de présomptions. Et à quoi bon imaginer une présomption quand les plus simples notions de droit suffisent pour décider la question? Dans un arrêt postérieur, la cour de cassation a rétabli les véritables principes en décidant qu'en règle générale la mort du mandant mettant fin au mandat, tous les actes du mandataire tombent; que l'article 2008 déroge à cette règle, mais que l'exception n'est applicable que lorsque la preuve formelle de l'ignorance du décès est faite; il ne suffit pas, dit la cour, de simples présomptions (1). Il n'y a aucune présomption légale dans l'espèce; de là suit que la preuve doit être faite d'après le droit commun.

114. L'article 2008 parle en termes généraux de ce que le mandataire *a fait*. Il faut donc appliquer la loi a tous les actes que le mandataire était chargé d'accomplir (2), aux actions judiciaires aussi bien qu'aux actes extrajudiciaires. La cour de Rouen l'a jugé ainsi pour les saisies. On objectait l'article 562 du code de procédure. La cour répond que cette disposition ne fait qu'appliquer la règle générale de l'article 2003; elle ne peut donc pas déroger à l'article 2008, qui établit une exception à la règle; pour que l'on pût admettre une exception à l'article 2008, il faudrait un texte qui dérogeât à cet article, et ce texte n'existe point (3).

N° 2. ARTICLE 2009.

115. L'article 2009 est une suite de l'article 2008. On suppose que le mandataire dont le mandat est venu à ces-

(1) Cassation, 25 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 282).

(2) Jugé que l'article 2008 est applicable quand l'employé et fondé de pouvoirs d'un banquier reçoit des valeurs et les porte en compte courant pour son mandant, bien qu'à la réception de ces valeurs, le banquier fût parti depuis trois jours, si l'on ignorait qu'il fût en fuite. Cassation, 5 août 1874 (Dalloz, 1875, 1, 104).

(3) Rouen, 19 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 2, 254).

ser traite avec des tiers; la loi dit que « les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi. » La loi, qui tient compte de la bonne foi du mandataire, devait, à plus forte raison, tenir compte de la bonne foi des tiers avec lesquels le mandataire contracte; ils sont plus excusables, en ce sens qu'il leur est plus difficile de savoir si le mandat subsiste encore ou non. Peu importe, en ce qui concerne les tiers, que le mandataire soit de bonne foi; quand même il serait de mauvaise foi, les engagements qu'il prend n'en seront pas moins exécutés à l'égard des tiers, si ceux-ci ignorent la cause qui a mis fin au mandat. Nous en avons rapporté des exemples. Les tiers ont, dans ce cas, action contre le mandant; c'est ce que l'article 2009 dit par ces mots : *Les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers*. Tarrible en donne la raison dans son rapport au Tribunat : « Le mandant seul doit supporter la perte résultant d'une confiance originairement mal placée, et il ne lui reste d'autre ressource que le recours contre un mandataire qui l'a honteusement trompé (1). » Est-ce à dire que les tiers seraient sans action contre le mandataire? Si celui-ci est de bonne foi, les tiers ne peuvent pas avoir d'action contre lui; mais s'il est de mauvaise foi, il est tenu de son dol. C'est le droit commun; il y a délit ou quasi-délit, donc il y a lieu d'appliquer les articles 1382 et 1383.

N° 3. ARTICLE 2010.

116. « En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci » (art. 2010). Nous avons déjà expliqué cette disposition en traitant de la mort du mandant (n° 105). Pour le moment, il s'agit de savoir si nous avons raison d'inscrire l'article 2010 parmi les dispositions générales, bien que le texte ne parle que de la mort du mandataire. On enseigne que la disposition est générale de sa nature, parce que c'est

(1) Tarrible, Rapport, n° 13 (Locré, t. VII, p. 388).

un devoir d'équité. Ainsi le mandataire est interdit, il tombe en faillite; le tuteur et les agents de la faillite doivent donner avis au mandant de l'interdiction et du jugement qui prononce la faillite du mandataire (1). Le devoir d'équité est évident. Mais cela suffit-il pour imposer une obligation sanctionnée par des condamnations civiles? Il est impossible que le juge condamne le tuteur ou les syndics à des dommages-intérêts pour n'avoir pas rempli une obligation qu'aucune loi ne leur impose. Et il nous semble que ce n'est pas sans raison que la loi a limité l'obligation aux héritiers. Ils succèdent aux droits et aux obligations de leur auteur; or, le défunt était mandataire; on conçoit donc que les héritiers, qui, en principe, seraient tenus de continuer la gestion, doivent au moins prendre les mesures que les circonstances exigent dans l'intérêt du mandant. Telle n'est pas la situation du tuteur, et bien moins encore des syndics. En équité, comme en droit, le législateur a bien fait de ne point les déclarer responsables, sauf l'application du droit commun des articles 1382 et 1383.

(1) Duranton, t. XVIII, p. 298, n° 293. Pont, t. I, p. 625, n° 1183.



TITRE XV.

(TITRE XIV DU CODE CIVIL.)

DU CAUTIONNEMENT (1).

CHAPITRE Ier.

NOTIONS GÉNÉRALES.

---

§ Ier. *Définition et caractères.*

117. L'article 2011 dit en quoi consiste l'obligation de la caution; c'est définir implicitement le cautionnement : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Il résulte de cette disposition que la caution ne s'oblige pas comme débiteur principal; l'obligation du débiteur lui est, au contraire, étrangère; la caution intervient pour garantir l'exécution des obligations contractées par le débiteur. Si celui-ci remplit ses engagements, il n'est plus question de cautionnement; et si, à défaut par le débiteur d'exécuter ses obligations, la caution est tenue de le faire, elle a un recours contre le débiteur

(1) Pothier, *Traité des obligations*, chap. VI. Ponsot, *Du cautionnement en matière civile et commerciale*, 1 vol. in-8° (1844) Troplong, *Du cautionnement*, 1 vol. in-8° (1846). Pont, *Des petits contrats*, t. II (1867).

principal ; cette action récursoire est organisée de manière à indemniser la caution de toutes ses avances et de toutes ses pertes (art. 2028). Le cautionnement est donc une garantie personnelle, et, à ce titre, il forme une convention essentiellement accessoire : c'est un des caractères essentiels de ce contrat.

Le code ne le dit pas en termes explicites, parce que le code n'est pas un manuel. Pothier, qui est toujours d'une exactitude minutieuse, prend soin de le dire dans la définition qu'il donne du cautionnement. « C'est, dit-il, un contrat par lequel quelqu'un s'oblige envers le créancier à lui payer, en tout ou en partie, ce que le débiteur lui doit, en *accédant* à son obligation. » Puis il ajoute : « L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur (1). » Pothier pousse la minutie jusqu'à traiter du cautionnement dans l'ouvrage qu'il a consacré aux obligations, et sous la rubrique d'un chapitre intitulé : *Des obligations accessoires des fidéjusseurs et autres qui accèdent à celle d'un principal débiteur*. C'est trop d'exactitude; la matière du cautionnement ne fait qu'embarrasser celle des obligations en général; elle est assez importante pour être traitée à part, quoiqu'il n'en résulte qu'une obligation accessoire. Les auteurs du code, tout en reconnaissant, ce qui est d'évidence, que le cautionnement est l'accessoire d'une obligation principale (2), ont exposé les règles de ce contrat accessoire dans un titre qui se trouve à la suite des autres contrats, et qui ouvre la série de ceux qui garantissent ou consolident les conventions principales.

118. Le principe que le cautionnement est un contrat accessoire a des conséquences importantes ; nous les développerons successivement, en suivant l'ordre tracé par le code. Pour le moment, il ne s'agit que de préciser la signification de ce premier caractère qui distingue l'engagement

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 365 et 366.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, no 4 (Locré, t. VII, p. 416).

des cautions. Il y a une convention qui, en apparence, a une grande analogie avec le cautionnement et qui en diffère néanmoins sous un rapport essentiel, c'est qu'elle constitue un engagement principal. Aux termes de l'article 1119, on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même; de sorte que si je promets, en mon nom, le fait d'un tiers, cette promesse est nulle; et elle est nulle parce que le tiers n'a point consenti, et le promettant n'est pas lié par la même raison. L'article 1120 ajoute : « Néanmoins on peut se *porter fort* pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci. » Dans ce cas, la promesse devient valable. En apparence, c'est une garantie qui valide ce qui a été promis au nom du tiers; ce qui ressemble à un cautionnement. En réalité, il n'y a pas de garantie accessoire; en effet, le tiers n'est pas obligé, malgré l'engagement du porte-fort; il n'y a donc pas de débiteur principal, en ce sens que le tiers n'est pas débiteur; en réalité, le porte-fort est seul obligé. C'est ce que dit l'article 1120 : si le tiers refuse de tenir l'engagement, le porte-fort doit une indemnité à celui à qui il a promis le fait du tiers. L'obligation du porte-fort est donc principale, mais elle est conditionnelle. Si la condition se réalise, c'est-à-dire si le tiers ne veut pas remplir l'engagement pris en son nom, le porte-fort sera tenu; et il sera tenu comme débiteur principal, sans qu'il puisse agir contre le tiers pour être indemnisé de son engagement. Il en est tout autrement de la caution; elle est obligée dès le principe en vertu d'un engagement qui n'est pas subordonné à une condition; le créancier n'est pas tenu de poursuivre d'abord le débiteur principal, il peut agir directement contre la caution, sauf à celle-ci à lui opposer le bénéfice de discussion. Mais cette obligation de la caution n'est qu'accessoire; si donc elle paye la dette, elle a un recours contre le débiteur principal, et elle jouit des autres droits que la loi lui accorde à raison du caractère accessoire de ses engagements. Le porte-fort n'a aucun de ces droits, parce qu'il est débiteur principal.

Du principe que l'obligation du porte-fort est conditionnelle, résulte une autre différence entre le porte-fort et la caution. Si le tiers pour lequel je me suis porté fort con-

sent à donner ou à faire ce que j'ai promis en son nom, la condition sous laquelle je me suis obligé personnellement défaillit. Donc je ne suis pas tenu dès que le tiers est tenu; quand même le tiers manquerait ensuite à ses engagements, je ne répondrai pas de l'inexécution, car je ne suis pas caution; j'ai seulement promis l'obligation d'un tiers, et cet engagement est rempli du moment que le tiers s'oblige.

Il y a d'autres différences qui résultent du même principe; nous croyons inutile de les signaler, il suffit de constater que les règles du cautionnement ne reçoivent pas d'application à l'engagement du porte-fort (1).

119. L'article 2011 dit que la caution se soumet envers le créancier à satisfaire à l'obligation que le débiteur a contractée, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Cela suppose que la caution ne s'est obligée que comme garante, et non comme débitrice principale. On peut aussi s'obliger à payer la dette contractée par un tiers, comme débiteur principal; nous en avons vu un exemple en traitant de la novation. Quand le débiteur indique ou délègue un tiers qui payera à sa place, il ne s'opère pas de novation; le tiers s'oblige à payer la dette, comme débiteur principal, sans que le premier débiteur soit libéré; le créancier a donc deux débiteurs principaux (art. 1277 et 1275). Cela peut aussi se faire sans indication ni délégation du premier débiteur. Un tiers peut payer pour le débiteur, il peut aussi s'obliger à payer la dette du débiteur, sans que le débiteur soit libéré, à titre de débiteur principal ou de caution. La différence est grande entre les deux hypothèses. Le débiteur principal ne jouit d'aucun des droits qui appartiennent à la caution, il n'a ni les bénéfices de division et de discussion, ni l'exception connue sous le nom d'exception *cedendarum actionum* (art. 2037). Il importe donc beaucoup de distinguer si l'obligation contractée par le tiers est un cautionnement ou si c'est une dette principale. La question est souvent très-difficile à décider, mais ce n'est qu'une

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 674, note 6, § 423; Pont, t. II, p. 6, n° 12, et les autorités qu'ils citent.

difficulté de fait, puisque la solution dépend de l'intention des parties contractantes. Nous donnerons des exemples empruntés à la jurisprudence (1).

120. Il est dit dans un acte d'emprunt, qui stipule la subrogation du prêteur aux droits du créancier, que l'emprunteur promet de *faire jouir et valoir jusqu'à parfait payement*. Cette promesse est-elle un cautionnement ou une dette principale? La cour de Colmar a jugé que la *garantie de fournir et de faire valoir* doit être considérée comme un véritable cautionnement, puisqu'elle en a tous les caractères et qu'elle en produit tous les effets. Pourvoi en cassation. Le demandeur soutient que l'obligation *de fournir et faire valoir* a des effets certains et consacrés par la doctrine, et qu'elle emporte par sa nature une garantie spéciale et formelle de la solvabilité présente et future du débiteur. Le pourvoi prétendait encore que ladite promesse constituait, dans l'espèce, un contrat synallagmatique et intéressé, tandis que le cautionnement est un contrat unilatéral et de bienfaisance. La cour de cassation prononça un arrêt de rejet, mais sans s'approprier les termes absolus de l'arrêt attaqué; elle ne dit pas que la *promesse de fournir et faire valoir* est un vrai cautionnement, elle dit que la cour d'appel a jugé, d'*après les clauses de l'acte,* que la convention ne contenait pas une obligation directe de la part de l'emprunteur, qu'elle constituait un simple cautionnement. La cour ajoute que les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur l'étendue de la stipulation *de fournir et faire valoir*, mais que la question est de fait, et qu'il appartenait à la cour d'appel de la décider souverainement (2).

La mauvaise rédaction des actes est la source de tous les procès auxquels donne lieu l'interprétation des conventions. Si le débiteur n'entend s'obliger que comme caution, pourquoi ne pas le dire, au lieu de se servir d'une formule traditionnelle dont le sens est douteux? Voici une autre expression qui a aussi fait naître un procès. Dans l'acte de

(1) Pont, t. II, p. 7, n° 13. Troplong, *Du cautionnement*, n° 34.
(2) Rejet, 23 mai 1833 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 42).



cession d'un office de notaire, il intervient un tiers qui déclare s'obliger et obliger sa femme solidairement envers le cédant, sans division ou discussion, à payer le prix de la cession, *faisant du tout sa propre affaire*, comme si lui et sa femme étaient seuls débiteurs et *principaux obligés*. » Etait-ce un cautionnement? était-ce une obligation principale? La cour d'Orléans décida que c'était un cautionnement. Pourvoi en cassation. Le rejet était certain, puisqu'il s'agissait de l'interprétation d'une convention. On voit, par la rédaction de l'arrêt de rejet, que la cour de cassation considérait l'interprétation comme douteuse : « Quelque rigoureux, dit-elle, que fussent les termes de l'engagement contracté par les débiteurs, la cour d'appel a pu, sans excéder le pouvoir d'appréciation qui lui appartient, décider que les débiteurs n'étaient engagés que comme cautions solidaires, et en le jugeant ainsi, elle n'avait violé aucune loi (1). » Nous demandons encore une fois pourquoi l'officier public n'a pas employé les termes simples de *cautions solidaires*, dont le sens est certain, au lieu de faire des circonlocutions qui sont une source de procès?

121. Nous allons rapporter des espèces où il a été jugé qu'il y avait dette principale. Ici encore, il y a un moyen très-simple de prévenir toute difficulté : si l'intention du garant est de s'engager comme débiteur principal, le notaire n'a qu'à le dire; c'est parce qu'il ne le dit pas que les procès deviennent inévitables. Une femme, en compte courant avec un banquier, fournissait à son fils les sommes dont il avait besoin pour ses entreprises. Créditeur de 40,000 francs, le banquier exigea une garantie. Le fils s'engagea jusqu'à concurrence de 25,000 francs, « s'obligeant à lui payer cette somme et garantir, dans le cas où le banquier n'en serait pas payé par sa mère, et sans autre formalité qu'un avertissement. » Ces termes semblaient rappeler la définition que l'article 2011 donne du cautionnement. Si l'intention du fils était de s'obliger comme caution, le mot de caution suffisait. Il a été jugé, au contraire, que son engagement constituait une dette principale,

(1) Rejet, 16 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).

parce que le fils ayant reçu une partie des deniers fournis par le créditeur, s'associait *pour ainsi dire* (?) au compte courant qui existait entre sa mère et le banquier, et parce qu'il promettait de payer à la première réquisition de celui-ci. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes et rejeté par la chambre civile. Il y avait d'autres difficultés : celle qui concernait le cautionnement étant une question de fait, la cour de cassation n'avait pas à s'en occuper (1).

Une personne est colloquée dans un établissement d'aliénés. Action du directeur en payement d'une somme de 21,484 francs, montant des termes arriérés de la pension. Les deux frères de l'aliéné interviennent et s'obligent à payer *personnellement;* il n'est pas dit dans l'acte si c'est comme débiteurs principaux ou comme cautions. La cour de Nîmes jugea que c'était une obligation principale. Pourvoi en cassation; la chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet, par le motif que la décision, fondée sur l'interprétation souveraine de l'intention des parties, ne pouvait être revisée par la cour de cassation (2).

122. Le cautionnement est, en général, un contrat de bienfaisance. Pothier explique en quel sens et à l'égard de qui. Il est certain qu'à l'égard du créancier, le cautionnement ne constitue pas une libéralité, car le créancier ne reçoit rien par le contrat que ce qui lui est dû; il se procure une sûreté pour le payement de la dette, sûreté sans laquelle il n'aurait pas traité. Mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige. Sans le cautionnement, le débiteur n'aurait pas obtenu ce qu'il a stipulé, et il l'obtient à titre gratuit; en effet, si la caution paye, elle a seulement un recours pour rentrer dans ses avances et pour se couvrir de ses pertes, elle ne reçoit rien en compensation du service qu'elle rend au débiteur. C'est un service d'amitié, comme le mandat et le dépôt; en ce sens, le cautionnement est un contrat de bienfaisance (3).

(1) Rejet, chambre civile. 17 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 49).
(2) Rejet, 5 mai 1868 (Dalloz, 1869, 1, 285).
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 365.

123. Le cautionnement est-il un contrat de bienfaisance par son essence? On ne pose la question que parce qu'un tribunal s'y est trompé, en décidant que le cautionnement est essentiellement gratuit. L'erreur est évidente; le code ne dit même pas que le cautionnement est un contrat de bienfaisance; ce n'est donc pas déroger à la loi que de stipuler une indemnité du débiteur pour le service que la caution lui rend. La cour de Limoges, qui l'a jugé ainsi, ajoute que l'indemnité doit être calculée équitablement, en proportion des périls qui peuvent être la suite de l'obligation que la caution contracte; ce n'est pas là une condition, puisque l'équité n'est pas un principe de droit. Sous l'empire de la loi de 1807, on ne pouvait pas stipuler un intérêt supérieur à l'intérêt légal : telle était la seule restriction à laquelle la stipulation d'une indemnité par la caution fût soumise (1). D'après notre législation, cette condition vient à tomber, puisque le taux de l'intérêt conventionnel est abandonné à la libre appréciation des parties contractantes.

124. Il arrive aussi que le créancier s'oblige à payer une indemnité à la caution. Dans ce cas, le cautionnement change de caractère; si l'indemnité est stipulée par la caution comme compensation des risques qu'elle court, c'est un vrai contrat d'assurance, par conséquent un contrat aléatoire. Cette stipulation est usuelle dans le contrat de commission; le commissionnaire est un intermédiaire entre les deux parties, il garantit la solvabilité des deux commerçants dont il est le mandataire, et il reçoit une indemnité de ce chef. Le cautionnement prend, dans ce cas, le nom de *ducroire,* traduction littérale d'une expression italienne, *del credere*. Cette matière est étrangère à notre travail (2).

125. Quand le cautionnement est un contrat de bienfaisance, il constitue une libéralité. De là la question de savoir si elle est sujette à rapport et à réduction. Nous l'avons examiné ailleurs (t. X, n° 612, et t. XII, n° 172).

(1) Limoges, 23 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 85).
(2) Troplong, *Du cautionnement*, n°s 35 37).

La question de savoir si le cautionnement est un acte à titre gratuit ou à titre onéreux, offre encore un autre intérêt, en ce qui concerne l'action paulienne. Voici dans quelles circonstances la difficulté s'est présentée devant la cour de cassation. Le cautionnement était consenti au profit d'un créancier pour arrêter les poursuites dirigées par lui contre son débiteur. Ce cautionnement a-t-il le caractère d'un acte à titre gratuit? La négative a été jugée par la cour de Poitiers et par la cour de cassation. De là l'arrêt attaqué concluait que l'action en nullité appartenant aux créanciers de la caution, en vertu de l'article 1167, était soumise aux conditions prescrites pour les actes à titre onéreux, c'est-à-dire que celui en faveur duquel le cautionnement avait été donné devait être complice de la fraude (1). La conséquence est certaine si l'on admet le principe, mais le principe nous laisse un doute. Peut-on dire que le cautionnement est à titre onéreux quand la caution a voulu arrêter les poursuites du créancier contre le débiteur? Si le créancier s'engage à arrêter les poursuites, il en résulte que la convention intervenue entre lui et la caution est bilatérale, mais un contrat bilatéral n'est pas nécessairement un acte à titre onéreux. Qui profite de cette convention? Ce n'est pas la caution, elle n'en retire aucun bénéfice; c'est le débiteur seul qui en profite; le cautionnement reste donc un service rendu au débiteur, et un service gratuit; partant, le contrat, dans l'espèce, était une libéralité, et l'on aurait dû appliquer le principe qui régit l'action paulienne, quand les créanciers attaquent une libéralité faite par leur débiteur, c'est-à-dire exiger la preuve de la fraude seulement de la part du débiteur.

126. Le cautionnement est, par sa nature, un contrat unilatéral. En effet, la caution seule est obligée envers le créancier; celui-ci ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution; or, c'est entre le créancier et la caution que le contrat intervient; le débiteur y reste étranger. Il est vrai que la caution a une action contre le débiteur, mais ce n'est pas en vertu du cautionnement, c'est en vertu d'un

(1) Rejet, 13 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 248).



mandat ou d'une gestion d'affaires, comme nous le dirons plus loin.

Le principe est admis par tout le monde (1), mais les conséquences sont controversées. Si les parties dressent acte du cautionnement, l'écrit doit-il être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1326? Nous avons répondu à la question, au titre des *Obligations*.

127. Le cautionnement devient un contrat bilatéral quand le créancier contracte une obligation à l'égard de la caution. C'est l'application du droit commun. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre des *Obligations*. La conséquence, en ce qui concerne la preuve littérale, n'est pas douteuse : l'article 1325 est applicable à toutes les conventions synallagmatiques, qu'elles soient telles en vertu de la loi ou en vertu de la convention des parties intéressées; la loi, en matière de contrats, ne fait que prévoir ce que les parties veulent; donc les contrats tiennent toujours leur caractère de la volonté des parties contractantes.

§ II. *Des conditions requises pour la validité du cautionnement.*

N° 1. UNE OBLIGATION PRINCIPALE.

128. D'après la définition de l'article 2011, la caution s'oblige à satisfaire à l'*obligation* contractée par le débiteur, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Le cautionnement ne se conçoit donc pas sans une obligation principale à laquelle il accède; l'article 2012 le dit : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. » Donc, il faut avant tout une obligation. Si, dit Pothier, celui envers lequel je me suis obligé comme caution n'était pas créancier du débiteur dans l'intérêt duquel je me porte caution, je ne serais pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas exister sans une obligation principale.

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. V, p, 59, note 5.

Toute obligation peut être cautionnée, quel qu'en soit l'objet. Les termes de l'article 2011 sont généraux, et l'article 2012 n'exige qu'une chose, c'est que l'obligation principale soit valable; peu importe donc qu'elle ait pour objet un fait ou une chose, et peu importe encore que l'obligation de donner porte sur une somme d'argent ou sur une chose mobilière ou immobilière. En principe, cela n'est pas douteux; la rédaction primitive du projet de code civil aurait cependant pu donner lieu à un léger doute. Elle était ainsi conçue : « Celui qui se rend caution d'une obligation s'oblige envers le créancier à lui *payer*, au défaut du débiteur, ce que celui-ci lui *doit.* » Lors de la communication faite au Tribunat, la section de législation proposa une nouvelle rédaction, celle qui a été définitivement adoptée; le projet semblait limiter le cautionnement au cas où le débiteur s'obligeait à *payer* une *somme d'argent;* tandis qu'il est de l'essence du cautionnement que toute espèce d'obligation puisse être garantie par la caution (1).

129. L'obligation de la caution peut elle-même être cautionnée; l'article 2035 le suppose, et en théorie, cela ne fait aucun doute. Dans le langage traditionnel, celui qui cautionne une caution s'appelle *certificateur de caution.* Le code de procédure a consacré cet usage (art. 135, § 5). Nous exposerons, dans le cours de notre travail, les principes qui régissent les certificateurs.

130. Peut-on cautionner une obligation future? L'affirmative est si évidente que l'on ne conçoit pas que la question ait été portée devant les tribunaux et jusque devant la cour de cassation. On peut se rendre caution, dit Pothier, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais aussi d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore; et Pothier ne fait que répéter ce que disent les lois romaines. Le code n'a certes pas entendu déroger à ce principe; il ne parle pas des obligations futures au titre du *Cautionnement,* c'est dire qu'il s'en réfère aux règles établies au titre des *Obligations* conventionnelles; or, l'article 1130 porte que les choses futures peu-

(1) Observations du Tribunat, n° 1 (Locré, t. VII, p. 412).

vent être l'objet d'une obligation; donc le cautionnement peut avoir pour objet une dette future. La cour de cassation l'a jugé ainsi, en se bornant à citer l'article 1130 (1), et la jurisprudence est constante en ce sens (2).

131. L'application du principe soulève une difficulté. Quand l'obligation est future, le cautionnement est conditionnel; il n'existera que si la condition s'accomplit, c'est-à-dire si l'obligation prend naissance. Si l'obligation n'est pas formée, il ne peut être question de cautionnement, puisqu'il ne saurait y avoir d'obligation accessoire sans obligation principale. Cela est d'évidence. Mais on demande si la caution est liée avant que l'obligation existe, en ce sens qu'elle ne peut pas se dédire de son engagement? L'affirmative, à notre avis, est certaine. En effet, la caution qui accède à une obligation future s'oblige, sous condition, il est vrai, mais peu importe, on est lié par une obligation conditionnelle aussi bien que par une obligation pure et simple. Si la caution pouvait se dégager de l'obligation qu'elle a contractée de garantir une dette future, il ne serait pas exact de dire que le cautionnement d'une dette future est valable, car le cautionnement dépendrait de sa volonté, tant que l'obligation n'existerait pas; or, une promesse qui dépend de la volonté de celui qui la fait, n'est pas une promesse. Si donc on admet que la caution peut s'obliger pour une dette future, il faut aussi admettre que la caution est liée.

Cependant on enseigne que, jusqu'au moment où l'obligation principale prend naissance, la caution peut révoquer son consentement, à la charge de notifier son changement de volonté au créancier. On se fonde sur ce que l'engagement résultant du cautionnement commence seulement du jour où l'obligation principale est contractée (3). Cette argumentation implique une confusion d'idées. Sans doute, tant qu'il n'y a pas d'obligation principale, il n'y a pas de

(1) Rejet, 16 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).
(2) Paris, 13 mars 1816 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 68), et 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 156). Bruxelles, 2 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 333).
(3) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 17, n° 28.

cautionnement, et quand la caution s'est obligée pour une dette future, elle ne sera tenue des engagements résultant du cautionnement que lorsque l'obligation aura pris naissance. Mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le cautionnement d'une dette future est un contrat conditionnel, le cautionnement étant subordonné à l'existence de l'obligation; or, on peut pas plus révoquer un consentement conditionnel qu'un consentement pur et simple.

A l'appui de l'opinion que nous combattons, on invoque l'autorité de Pothier. Il nous semble qu'ici encore il y a confusion. Voici l'exemple que Pothier donne : je me rends caution d'une somme de mille écus que vous *vous proposez de prêter à Pierre;* tant que vous n'aurez pas fait ce prêt à Pierre, je puis changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt et que je n'entends plus être caution (1). Est-ce bien là le cautionnement d'une obligation future? Non, car vous ne vous êtes pas *obligé* à prêter cette somme à Pierre, quand il voudra l'emprunter, vous vous êtes seulement *proposé* de la lui prêter, il n'y a donc aucune obligation d'un prêt futur, et partant, je ne puis pas cautionner un emprunt qui n'existe pas même comme obligation future. Mais si vous vous êtes obligé à prêter à Pierre une somme de mille francs, il n'y a pas de prêt, c'est vrai, puisqu'il n'y a pas de tradition des espèces, mais il y a obligation de prêter quand Pierre voudra faire usage de votre promesse; il y a donc un lien, quoiqu'il soit futur; à ce lien je puis accéder comme caution, et si je m'oblige à cautionner cet emprunt futur, je ne puis certes pas me dégager de mon obligation par ma seule volonté. Tel est le cautionnement d'un crédit ouvert. C'est une obligation contractée par un banquier de prêter des fonds au crédité jusqu'à concurrence du montant du crédit. Si je cautionne l'obligation de l'emprunteur, pourrai-je rétracter mon engagement? Non, certes. Il se peut que le crédité n'use pas du crédit, dans ce cas il n'y aura pas de prêt et, par conséquent, pas de cautionnement. Est-ce à dire que je pourrai me rétracter, tant que le crédité n'aura pas pris

(1) Pothier, *Traité des obligations,* n° 399.

de fonds chez le banquier? Nous ne pensons pas qu'une pareille doctrine ait jamais été soutenue.

Nous ne connaissons qu'un précédent judiciaire sur notre question. Deux personnes se portent cautions du receveur d'une loterie de l'Etat, jusqu'à concurrence d'une somme de 35,000 florins. A leur mort, en 1803 et en 1808, le receveur n'était pas débiteur envers l'Etat, mais depuis il tomba en déconfiture et il resta reliquataire d'une somme de 33,450 florins. De là une poursuite contre l'héritier de l'une des cautions. Le défendeur objecta que, lors du décès de son auteur, il n'y avait point de dette, donc pas de cautionnement, et partant pas d'obligation à charge des héritiers. Il a été jugé que l'obligation contractée par la caution concernait une dette future et éventuelle; cet engagement, quoique dépendant de l'accomplissement d'un événement futur et incertain, n'en existe pas moins, comme toute obligation conditionnelle, et à ce titre il passe aux héritiers (art. 1179) (1). Dans l'opinion que nous combattons, on aurait pu dire, comme le faisait le défendeur, que le cautionnement d'une dette future n'existe que lorsqu'il y a une dette, que, par conséquent, à la mort de son auteur, il n'y avait pas de cautionnement et qu'aucune obligation naissant du cautionnement ne pouvait passer à ses héritiers. Il est inutile de combattre cette argumentation, puisqu'elle est contraire aux principes élémentaires qui régissent les dettes de choses futures.

132. Peut-on cautionner une obligation indéterminée et sous quelle condition? Le code ne répond pas à ces questions, au titre du *Cautionnement;* c'est dire que les principes généraux doivent recevoir leur application. Or, au titre des *Obligations,* la loi pose comme règle que toute chose déterminée quant à son espèce peut être l'objet des conventions; l'article 1129 ajoute que la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. Il suit de là que la caution peut s'obliger pour

(1) La Haye, 8 juillet 1825 (*Pasicrisie,* 1825, p. 446). Un arrêt de Grenoble semble admettre, dans ses considérants, que le cautionnement peut être révoqué (arrêt du 10 juin 1825, dans le Répertoire de Dalloz, au mot *Cautionnement,* n° 67).



une dette indéterminée, pourvu que l'on sache quelle est la dette qu'elle cautionne, quand même le montant de la dette serait indéterminé lors du cautionnement; il suffit que le chiffre soit déterminable et qu'il soit déterminé lors de l'action du créancier contre la caution. Quelque élevé que soit le chiffre, si la caution n'a pas limité l'étendue de son engagement à une somme fixe, elle sera tenue. Vainement objecte-t-on qu'il en résultera que la caution ignore, au moment où elle s'oblige, l'étendue de son obligation; nous répondons, et la réponse est péremptoire, que la loi n'exige pas que le montant du cautionnement soit certain lorsque la caution s'engage, et il dépend d'elle de prévenir l'incertitude et le danger qui en résulte pour elle, en limitant la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entend cautionner le débiteur (1). La jurisprudence est en ce sens, et nous la croyons à l'abri de toute contestation sérieuse.

Une mère s'engage comme caution pour son fils à l'égard d'une maison de banque, dans les termes suivants : « Je m'oblige à vous rembourser tous les effets que vous tiendrez de mon fils, dans le cas où ils seraient en souffrance et qu'il ne puisse vous les rembourser lui-même, et cela dans les trois mois qui suivront l'échéance des effets non payés. » Le fils, débiteur de 100,000 francs, tomba en faillite. De là une action contre la caution. La défenderesse soutint que le cautionnement qu'elle avait souscrit était nul, en ce qu'il s'appliquait à une obligation indéterminée. Cette défense ne fut pas accueillie. Aucune disposition de la loi, dit la cour de Paris, n'exige que la dette à laquelle s'applique le cautionnement soit certaine à l'avance quant à son montant. L'article 1129 veut que la dette soit déterminée, en ce sens que la détermination ne dépende pas du créancier; or, dans l'espèce, le montant de la dette dépendait des effets souscrits par le débiteur principal; la dette était donc déterminable, comme le veut le code, sans que le montant en dépendît de la volonté du créancier. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 2012 et fausse application de l'article 1129. On

(1) Comparez Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 29, n° 52.

soutint pour la demanderesse que le cautionnement pou vait, à la vérité, s'appliquer à des sommes à fournir au moyen d'un crédit ouvert, mais à condition qu'une somme fût déterminée, au delà de laquelle la caution ne serait pas tenue. On ne saurait, disait-on, admettre un cautionnement, alors que la caution ne sait point à quoi elle s'engage. La chambre des requêtes rejeta le pourvoi, en se bornant à citer l'article 1129, dont la cour de Paris avait fait une juste application (1).

La jurisprudence est constante en ce sens. Il a été jugé que le cautionnement est valable quand un gendre s'oblige comme caution, à l'égard des créanciers de son beau-père, de tout ce qui pouvait être dû par ce dernier (2). La cour de Paris a validé le cautionnement donné à un banquier pour toutes les sommes qu'il avait prêtées ou qu'il prêterait à une personne à qui il avait ouvert un compte; on objectait l'article 1129; la cour répond que la dette était déterminée quant à son espèce, puisqu'elle résultait de négociations déjà faites entre le débiteur et le banquier, et de négociations que les parties pouvaient continuer de faire; quant à la quotité de la dette, quoique incertaine pour l'avenir, elle pouvait être déterminée par le compte ouvert au profit du débiteur principal. On était donc dans les termes de l'article 1129 (3).

N° 2. UNE OBLIGATION VALABLE.

133. Il ne suffit pas qu'il y ait une obligation principale, il faut aussi que cette obligation soit *valable*, ce sont les termes de l'article 2012. Qu'entend-on par obligation *valable?* et en quel sens la caution ne peut-elle pas s'engager pour une dette qui ne serait *pas valable,* c'est-à-dire qui serait inexistante ou nulle? Il règne une grande incertitude sur ces questions dans la doctrine et dans la jurisprudence. C'est qu'elle touche à la théorie, toujours incertaine, qui distingue les obligations inexistantes et les

(1) Rejet, 16 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 284).
(2) Grenoble, 10 juin 1825 (Dalloz, au mot *Cautionnement,* n° 67).
(3) Paris, 28 décembre 1853 (Dalloz, 1854, 2, 156).

obligations nulles. Admise par tous les auteurs modernes, elle a de la peine à pénétrer dans la jurisprudence; la cour de cassation de France l'a consacrée, la cour de cassation de Belgique l'a rejetée. Ceux-là mêmes qui acceptent le principe n'ont pas de doctrine sûre en ce qui concerne les conditions requises pour l'existence des obligations, ni sur les conséquences qui résultent de l'inexistence d'une dette. Nous avons exposé cette difficile matière, au titre des *Obligations*; si l'on admet les principes que nous avons posés, l'application au cautionnement est facile. Elle a été faite, en termes clairs et nets, par le rapporteur du Tribunat, Chabot, un de nos meilleurs jurisconsultes. On prétend que la distinction des actes inexistants et des actes nuls ou annulables n'est pas consacrée par le code civil; nous avons prouvé le contraire, et nous en trouvons une nouvelle preuve dans le rapport de Chabot. Il commence par établir le principe de l'article 2012 : « Le cautionnement ayant pour objet d'assurer l'exécution d'une obligation, il en résulte qu'il ne peut exister que sur une obligation qui est valable. Il ne peut être dans l'intention du législateur de faire assurer l'exécution d'un engagement qu'il ne reconnaît pas comme valable. » Qu'est-ce qu'un engagement qui n'est pas valable aux yeux de la loi? C'est ce que nous appelons une obligation inexistante, ou nulle de plein droit, ou radicalement nulle. Chabot donne comme exemple les obligations contraires aux bonnes mœurs et aux lois; c'est ce que l'article 1134 appelle des obligations sur cause illicite, et l'article 1131 porte que ces obligations ne peuvent avoir aucun effet; c'est dire qu'elles n'existent point. Chabot reproduit ces expressions : « Les obligations contraires aux bonnes mœurs et aux lois ne peuvent être cautionnées parce qu'elles sont nulles et ne produisent jamais d'effet (1). »

Lahary, l'orateur du Tribunat, reproduit la même doctrine, presque dans les mêmes termes : « Si l'obligation est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, le cautionnement ne peut pas plus subsister que l'obligation elle-même, parce qu'étant *nulle de plein*

(1) Chabot, Rapport, n° 4 (Locré, t. VII, p. 422).

droit, elle entraîne nécessairement la nullité du cautionnement. » L'expression *nulle de plein droit* est celle de l'article 1117, c'est le terme légal pour marquer qu'une obligation n'a pas d'existence légale, qu'elle est nulle sans que la nullité en doive être demandée en justice, à la différence des actes que l'on appelle nuls, en ce sens qu'ils sont annulables; ces actes existent et produisent tous les effets que la loi y attache, jusqu'à ce qu'ils aient été annulés par le juge. Lahary, après avoir dit que les actes simplement nuls peuvent être cautionnés, ajoute : « Quand est-ce donc que le cautionnement est absolument nul et que, par l'effet de cette nullité, il tombe et s'évanouit avec l'obligation principale? Je l'ai dit et je crois utile de le répéter, c'est uniquement lorsque cette obligation est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (1), » c'est-à-dire lorsque l'obligation, comme le dit l'article 1131, ne peut avoir aucun effet. L'orateur du Tribunat a tort de limiter le principe des obligations inexistantes à celles qui ont une cause illicite, car l'article 1131 dit la même chose des obligations sans cause, ce qui, dans la théorie du code, comprend les obligations sans objet; il en faut dire autant des obligations nulles de plein droit par défaut de consentement ou pour inobservation des solennités dans les contrats solennels.

134. Nous passons aux actes que l'on appelle nuls, en ce sens qu'ils sont annulables et que la nullité en doit être demandée et prononcée par le juge. Les obligations nulles ont une existence légale jusqu'à ce qu'elles aient été annulées. En ce sens, elles sont valables et par conséquent elles peuvent être cautionnées. C'est la doctrine exposée par le rapporteur et par l'orateur du Tribunat. Lahary est plus explicite sur ce point que Chabot : « Une obligation *nulle de plein droit* ne peut être cautionnée. Je dis une obligation *nulle de plein droit*, et c'est ce qu'il faut bien distinguer. » Car si l'obligation valable par elle-même était susceptible seulement d'être annulée, l'obligation existant, le cautionnement aussi existerait. Mais l'obligation principale

(1) Lahary, Discours, n° 11 (Locré, t. VII, p. 440).

pouvant être annulée, l'obligation accessoire de la caution peut aussi l'être, et par cela seul que l'obligation principale sera annulée, le cautionnement tombera avec elle. Chabot donne comme exemple les obligations contractées par erreur, par violence ou par dol; l'article 1117 dit que ces obligations ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles donnent seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. Ces obligations étant valables tant qu'elles n'ont pas été annulées, elles peuvent être cautionnées. Mais quel sera l'effet du cautionnement? L'obligation principale étant annulable, il en sera de même du cautionnement : l'effet de l'action en nullité, dit Chabot, sera le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale; donc le cautionnement tombera avec l'obligation qu'il est destiné à garantir.

En apparence, le cautionnement d'une obligation nulle aboutit au même résultat que le cautionnement d'une obligation inexistante, sauf cette différence que le cautionnement d'une obligation inexistante est nul de plein droit, tandis que le cautionnement d'une obligation nulle ne tombe que lorsque l'obligation principale est annulée. Cela est vrai quand l'obligation principale est annulée, mais elle peut aussi ne pas être annulée, puisqu'il faut une demande en justice et une sentence du juge pour que l'obligation principale soit anéantie, tandis que l'obligation inexistante est nécessairement nulle, de sorte que le cautionnement d'une obligation inexistante n'a jamais d'effet; il ne peut en avoir, comme le dit l'article 1131; le cautionnement d'une obligation nulle produit au contraire son effet tant qu'une sentence du juge n'a point prononcé l'annulation de l'obligation principale. Et il se peut que l'obligation principale ne puisse plus être annulée, qu'elle soit validée, dans ce cas, le cautionnement qui la garantit sera également validé. C'est ce que l'orateur du Tribunat établit très-bien. Si l'obligation principale est nulle pour cause d'erreur, de violence ou de dol, la nullité ne fait pas tomber le cautionnement de plein droit, ou *ipso facto*, il faut une action en nullité et un jugement qui annule l'obligation. Et pourquoi le cautionnement subsistera-t-il si la nul-

lité n'est pas demandée ni prononcée? Parce que le débiteur peut ne pas agir en nullité, il peut renoncer au droit qu'il a d'agir en nullité; l'erreur, le dol, la violence peuvent se couvrir par la confirmation, elles se couvrent par la prescription de dix ans, qui est une confirmation tacite. Et si l'obligation principale est validée par le silence du débiteur pendant dix ans ou par une confirmation, l'obligation prend tous les caractères d'une obligation légale, et par suite, le cautionnement aussi est validé, il est purgé du vice originaire dont il était entaché. Il n'en est pas de même du cautionnement d'une obligation inexistante, il ne peut jamais être validé, car l'obligation principale n'a pas d'existence légale et ne peut pas en avoir par la confirmation : on ne confirme pas le néant, et par la même raison on ne cautionne pas le néant. Cette doctrine, professée par le rapporteur et par l'orateur du Tribunat, a une grande importance. Elle confirme la théorie des actes inexistants, que l'on prétend étrangère au code; la voilà consacrée dans une de ses applications par les auteurs mêmes du code civil.

135. Le principe que l'annulation d'une obligation entachée d'un vice quelconque entraîne la nullité du cautionnement qui la garantit, reçoit une exception. Aux termes de l'article 2012, « on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité ». En quel sens peut-on cautionner une obligation nulle pour cause d'incapacité? Toute obligation qui est simplement nulle peut être cautionnée, mais le cautionnement tombe quand l'obligation principale est annulée. C'est à ce principe que l'article 2012 déroge. Un mineur contracte une obligation garantie par une caution. Le débiteur principal fait prononcer la nullité ou la rescision de l'obligation qu'il a contractée : en résultera-t-il que le cautionnement tombera? Non, le cautionnement subsistera, en ce sens que la nullité ne produit qu'une exception purement personnelle à l'incapable. L'article 2036 confirme l'interprétation que nous donnons à l'article 2012; il porte : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui

appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. » Telle est l'exception de nullité quand l'obligation est entachée d'un vice qui la rend annulable. Mais ce principe reçoit exception, d'après le deuxième alinéa de l'article 2036 : « La caution ne peut pas opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. » Telle est l'exception de minorité dont parle l'article 2012, et généralement toute exception résultant de l'incapacité du débiteur. Nous reviendrons sur les exceptions que la caution peut opposer; pour le moment, il s'agit du principe établi par l'article 2012 : on peut cautionner une dette nulle, mais l'annulation de l'obligation principale entraînera l'annulation du cautionnement. Par exception, le cautionnement de l'obligation contractée par un incapable subsiste, quoique l'obligation principale soit annulée. Nous venons de citer les textes qui établissent cette exception : il nous faut voir encore si le sens que nous donnons à la loi est celui que les auteurs du code y ont attaché

Chabot, après avoir énoncé le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du cautionnement, ajoute : « Mais le cautionnement subsiste lorsqu'il s'agit d'une obligation qui ne peut être annulée que par une exception purement personnelle à l'obligé. » Telle est celle contractée par un mineur, même non émancipé : elle n'est pas nulle, puisque le mineur a le droit de l'exécuter et de la faire exécuter, sans que la personne avec laquelle il a traité puisse lui opposer son incapacité. Le mineur peut cependant se faire restituer contre cette obligation pour cause de simple lésion. Mais cette exception lui est purement personnelle et ne peut servir qu'à lui, elle ne profite pas à la caution qui a dû prévoir l'événement et a pu volontairement s'y exposer. » L'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens : le cautionnement produit tout son effet, dit Lahary, quand l'obligation, valable en elle-même, n'est susceptible d'être rescindée que par une exception personnelle au débiteur.

136. Telle est la théorie du code, d'après les textes et les motifs exposés par le rapporteur et par l'orateur du Tribunat. Cette théorie est-elle en harmonie avec les prin-

cipes? Qu'une obligation inexistante ne puisse être cautionnée, cela est d'évidence; le cautionnement du néant ne se conçoit pas. Pourquoi la caution accède-t-elle à une obligation principale? Elle se soumet, dit l'article 2011, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Or, quand l'obligation est inexistante, il n'y a ni créancier ni débiteur, il n'y a donc pas d'obligation à laquelle la caution puisse satisfaire. La non-existence du cautionnement est une conséquence logique de l'inexistence de l'obligation principale.

Quand l'obligation est simplement nulle, elle peut être cautionnée, mais si l'obligation est annulée, le cautionnement tombe. Ce second principe est également fondé en raison. L'obligation nulle a une existence légale, donc il y a une obligation principale, partant, il peut y avoir une obligation accessoire. Mais l'obligation principale est entachée d'un vice à raison duquel elle peut être annulée; si l'annulation en est prononcée, elle est censée n'avoir jamais existé, dès lors le cautionnement doit tomber avec l'obligation qu'il est destiné à garantir. Logiquement on ne conçoit pas qu'il y ait un accessoire lorsqu'il n'y a plus de principal. Et en raison et en équité la caution ne saurait être tenue de satisfaire à une obligation que le débiteur n'est pas tenu d'exécuter. La caution s'oblige pour le débiteur; si elle paye, elle a un recours contre le débiteur principal; or, quand l'obligation est annulée, il n'y a plus de débiteur principal, plus de recours; la caution serait donc obligée de remplir un engagement qu'elle a seulement entendu garantir, et sans avoir aucun recours contre un débiteur qui est déclaré n'être pas débiteur. La raison et le droit répugnent à une pareille doctrine.

Ce second principe reçoit une exception lorsque l'obligation est nulle à raison de l'incapacité du débiteur. Celui-ci, un mineur, par exemple, peut demander la rescision de l'obligation qu'il a contractée; si l'obligation est rescindée, la caution n'en sera pas moins tenue de l'exécuter. Cette exception est-elle fondée en droit et en équité? Cela nous paraît très-douteux. On peut dire de l'incapacité ce que nous venons de dire des vices qui entachent l'obligation.

L'obligation contractée par un incapable existe, donc elle peut être cautionnée. Si l'incapable n'agit point, s'il confirme, l'obligation principale sera validée et, par suite, le cautionnement subsistera. Jusqu'ici il n'y a aucune différence entre l'incapacité et les autres causes de nullité. Si l'incapable fait annuler l'obligation qu'il a contractée, quel sera l'effet du jugement qui prononcera l'annulation? On applique le principe que ce qui est nul ne produit aucun effet; donc l'obligation sera censée n'avoir jamais existé. Que deviendra le cautionnement? Logiquement il devrait tomber avec l'obligation principale (1). Que dit-on pour justifier la différence que la loi établit entre le cautionnement d'une obligation contractée par un incapable et le cautionnement vicié par l'erreur, la violence ou le dol? Chabot dit que la caution a *dû* prévoir l'annulation et qu'elle a *pu* volontairement s'y exposer. Elle a *dû prévoir*. Cela suppose qu'elle avait connaissance de l'incapacité; elle peut aussi avoir connaissance des vices du consentement ou de tout autre vice qui entache l'obligation; dans ce cas, la situation est identique et cependant elle aura des effets très-différents : dans le cas d'incapacité, la caution restera tenue, tandis qu'elle ne sera point tenue si l'obligation est nulle pour un autre vice. Chabot ajoute que la caution a *pu* se soumettre à l'obligation de garantir une obligation, tout en prévoyant qu'elle serait annulée. Sans doute je puis m'engager à payer une dette alors même que cette dette serait déclarée nulle; mais si je puis m'y engager en cas d'incapacité, pourquoi ne le puis-je pas pour tout autre vice? A vrai dire, ce n'est plus là un cautionnement, car la caution qui paye la dette d'un tiers a un recours contre le débiteur, tandis que si je cautionne une dette nulle, avec l'intention de la payer, quand même la dette serait annulée, je ne paye plus la dette d'un tiers et je n'aurai pas de recours; je suis en réalité débiteur principal, c'est ma dette que je paye. Mais cette dette que je paye, je la paye sans cause. Pourquoi ai-je cautionné la dette? Pour rendre

(1) Duranton, t. XVIII, p. 309, nos 302 et 303. Pont, t. II, p. 18, nos 31-35, et p. 31, no 56.



service au débiteur, par sentiment d'affection ou de libéralité; or, je ne lui rends pas service s'il ne doit rien, je ne fais plus un contrat de bienfaisance en faveur du débiteur, je fais une libéralité au créancier que je n'entendais pas gratifier. C'est une anomalie.

137. Les principes que nous venons d'exposer en nous fondant sur le texte et sur les travaux préparatoires sont généralement enseignés, et ils sont aussi consacrés par la jurisprudence. Toutefois il y a des dissentiments, et alors même que l'on s'accorde sur les principes, on ne s'accorde guère sur les applications et bien moins encore sur les conséquences qui en découlent. Tout le monde admet qu'une convention inexistante ne peut être cautionnée. Mais quand les conventions sont-elles inexistantes? Sur ce point, on est loin d'être d'accord. Nous avons exposé ailleurs les principes qui régissent cette difficile matière; on verra dans les Tables les nombreuses applications que nous en avons faites; ces applications sont toutes controversées, donc plus ou moins douteuses. Nous nous bornons ici à donner quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Un traité intervient entre un tuteur et son pupille avant la reddition du compte de tutelle. Ce traité est-il inexistant ou nul? Dans l'espèce jugée par la cour de Toulouse, une caution était intervenue pour garantir la ratification du traité. La cour déclara le cautionnement nul. Nul en quel sens? Il est certain que le traité était nul en ce sens qu'il était annulable, et que la nullité du traité entraînait la nullité du cautionnement. Faut-il aller plus loin et déclarer le traité inexistant, ainsi que l'obligation de la caution? On dit que le traité est entaché d'une nullité radicale, comme contraire à la disposition prohibitive de l'article 472 (1). Cela est trop absolu; il ne suffit pas qu'une loi prohibitive soit violée pour que la convention soit radicalement nulle. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* sur l'article 1134 (t. XVI, n° 153). Il est inutile d'insister; dans l'espèce, la distinction entre la convention inexistante et la convention nulle n'avait aucun intérêt; le cautionne-

(1) Toulouse, 5 février 1822 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 596). Pont, t. II, p. 19, n° 32.

ment était nul, dans toute hypothèse, que le traité fût radicalement nul ou seulement annulable.

Un copartageant, qui était en même temps vendeur, s'obligea à ne pas exercer l'action en rescision pour cause de lésion : une caution intervint pour garantir cet engagement. On prétendit que le cautionnement était radicalement nul, parce que la renonciation elle-même était frappée de nullité par l'article 1674 (1). Sans doute, mais de ce qu'une renonciation est déclarée nulle, peut-on dire qu'elle soit inexistante? La renonciation serait inexistante s'il y avait une cause illicite, et, dans l'espèce, on ne peut pas dire que la cause fût illicite.

Une donation déguisée est faite à un successible après que le donateur avait épuisé son disponible. Est-ce là un acte inexistant? On l'a prétendu, mais en donnant de singulières raisons pour le soutenir. La cour de Grenoble dit que la donation est sans cause; cela ne prouve qu'une chose, c'est l'ignorance qui règne sur les principes les plus élémentaires. Qu'est-ce que la cause d'une donation? L'esprit de bienfaisance, de libéralité. Or, dans l'espèce, le donateur avait certes la volonté bien décidée de gratifier le donataire, puisqu'il recourait à une donation déguisée pour l'avantager. On objectait que la donation était contraire aux principes constitutifs de la réserve légale. Eh! qu'importe? Est-ce que les donations qui entament la réserve sont radicalement nulles? La loi ne les déclare pas même nulles, elle dit seulement qu'elles sont sujettes à réduction. Dans l'espèce, la donation tombait pour le tout, parce que la réserve était déjà épuisée; le cautionnement qui garantissait la donation tombait avec la donation. Mais nous n'oserions pas conclure de là que la caution ne pourrait s'obliger en faveur du donataire, pour le mettre à l'abri de la réduction totale. Seulement ce ne serait pas un cautionnement, ce serait une obligation principale (2).

Un cautionnement est donné pour une dette de jeu. La dette est-elle inexistante ainsi que l'obligation de la cau-

(1) Pau, 12 janvier 1826 (Dalloz, 1826, 2, 114). Pont, t. II, p. 19, n° 32.
(2) Grenoble, 4 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 64). Pont, t. II, p. 19, n° 32.



tion? A notre avis, oui. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

138. L'orateur du Tribunat cite comme exemple d'un cautionnement nul, c'est-à-dire annulable, le cas où l'obligation principale est viciée par l'erreur, la violence ou le dol. Treilhard, au contraire, l'orateur du gouvernement, dit, dans l'Exposé des motifs : « Une obligation contractée *contre la défense de la loi,* surprise par le *dol,* arrachée par la *violence,* entachée enfin de quelque *vice* de cette nature, est *absolument nulle;* l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle (2). » Voilà une de ces phrases vides de sens et embrouillant tout, comme on en trouve trop dans les discours qui, exposant les motifs de la loi, devraient être d'une rigueur mathématique. L'orateur met sur la même ligne les obligations contractées contre la défense de la loi, c'est-à-dire illicites (art. 1134), et les obligations nulles pour vices de consentement, enfin toute obligation entachée d'un *vice* analogue; or, les premières sont inexistantes en vertu d'un texte formel (art. 1131), tandis que des secondes la loi dit formellement qu'elles ne sont pas nulles de plein droit, qu'elles sont seulement annulables (art. 1117); quant aux autres obligations entachées d'un *vice,* elles sont nulles également, puisque les vices n'entraînent pas l'inexistence de l'obligation, mais la rendent seulement nulle. Ce que Treilhard ajoute, que le cautionnement tombe avec l'obligation principale, s'applique aux obligations nulles et aux obligations inexistantes, avec cette différence que, dans le premier cas, le cautionnement subsiste tant que l'obligation n'est pas annulée, tandis que, dans le second cas, le cautionnement n'a jamais existé et ne peut pas même être validé. Notre conclusion est, et il n'y a aucun doute sur ce point, que l'obligation, nulle pour vice de consentement, peut être cautionnée; mais le cautionnement, comme le dit Chabot, participe de la nature de l'engagement; quand l'obligation principale est nulle, l'obligation accessoire l'est aussi, de sorte que si

(1) Voyez le t. XXVII de mes *Principes,* nos 216 et 219, p. 241 et 243.
(2) Treilhard, Exposé des motifs nº 4 (Locré, t. VII, p. 416).

l'obligation est annulée pour vice de consentement, le cautionnement tombe avec elle.

139. Cependant l'opinion contraire est soutenue dans un ouvrage élémentaire qui jouit d'une certaine réputation et qui la mérite. Mourlon enseigne que l'on peut *valablement* cautionner une dette annulable pour cause de violence, de dol ou d'erreur (1). Cette doctrine est en opposition avec le texte de la loi, tel qu'il a été interprété par les auteurs mêmes du code; et nous devons la combattre, précisément parce que l'ouvrage de Mourlon se trouve dans les mains de la plupart des élèves. Le cautionnement, dit l'article 2012, ne peut exister que sur une *obligation valable*. Qu'entend-on par obligation *valable?* Le rapporteur et l'orateur du Tribunat ont répondu à la question (n°s 133-135) : une obligation inexistante ne peut être cautionnée, une obligation nulle peut l'être, mais le cautionnement tombe si l'obligation principale est annulée; il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'obligation est nulle pour cause d'incapacité. Mourlon ne tient aucun compte de cette interprétation de la loi, donnée par ceux qui ont concouru à la faire; il ne cite pas même le rapport et le discours de Chabot et de Lahary. S'attachant à la lettre de l'article 2012, il dit que l'obligation viciée par l'erreur, la violence ou le dol n'est point nulle de plein droit (art. 1117); donc elle est valable, en ce sens qu'elle produit ses effets tant qu'elle n'est pas annulée; partant, elle peut être cautionnée. Sans doute, elle peut l'être; l'orateur du Tribunat le dit en toutes lettres, et c'est là la différence entre une obligation inexistante et une obligation annulable. Mais que devient le cautionnement quand la dette principale est annulée? Telle est la vraie difficulté. Elle est résolue implicitement par le deuxième alinéa de l'article 2012, tel qu'il est interprété par le Tribunat. En règle générale, la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du cautionnement; il n'y a d'exception que lorsque la nullité provient de l'incapacité du débiteur; la loi considère cette exception comme purement personnelle au débiteur, en ce

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 452, n° 1125.

sens que lui seul peut l'opposer, la caution n'a point ce droit. Que répond-on au texte? Que les vices de consentement sont mis par la loi sur la même ligne que l'incapacité, puisqu'ils entraînent la nullité dans l'intérêt de celui dont le consentement est vicié, de même que l'incapacité est une cause de nullité au profit de l'incapable; on doit donc appliquer aux vices de consentement ce que l'article 2012 dit de la minorité : c'est aussi une exception purement personnelle à celui qui a été dans l'erreur, dont le consentement a été surpris par le dol, ou extorqué par la violence. Nous répondons qu'en théorie cela pourrait se soutenir; mais il ne s'agit pas de théorie, il s'agit de ce que le législateur a voulu; or, il a expliqué lui-même ce qu'il entend par exception purement personnelle, en donnant l'exemple de la minorité. Il a donc limité la disposition de l'article 2012 à certaines exceptions résultant de l'incapacité; telle est l'explication donnée par Chabot et par Lahary. Telle est aussi la tradition que les auteurs du code se sont bornés à reproduire (1). Que le législateur ait eu tort ou raison, peu importe, il a statué; il a décidé implicitement par l'article 2012, et plus clairement par l'article 2036, que la caution peut se prévaloir de toutes les causes de nullité de l'obligation principale, à l'exception de certaines causes purement personnelles, et par là il entend l'incapacité. En étendant aux vices du consentement ce que les articles 2012 et 2036 disent de l'incapacité, l'on étend une disposition exceptionnelle et une exception qui est une vraie anomalie (n° 136); cela est contraire à tout principe d'interprétation.

Mourlon dit que les exceptions *réelles* dont parle l'article 2036, par opposition aux exceptions purement *personnelles*, sont celles qui résultent du défaut de formes dans les contrats solennels et celles qui résultent d'une cause illicite. Ceci, nous sommes forcé de le dire, est une confusion complète entre les causes d'inexistence des obligations et les causes de nullité. Dans le deuxième alinéa de l'article 2012, il est question d'exceptions résultant de la *nullité*

(1) Pothier, *Obligations*, n° 381.

de l'obligation principale; l'exemple que la loi donne le prouve; on n'a jamais considéré la *minorité* comme une cause d'inexistence de l'obligation que le mineur contracte; les obligations des incapables sont simplement annulables, elles produisent une action et une exception de nullité. Il en est autrement dans les cas où l'obligation est inexistante; le créancier n'a point d'action, puisque le néant ne produit aucun effet, comme le dit l'article 1131; le débiteur n'a donc pas besoin d'une exception. L'obligation principale n'a pas d'existence; dès lors, de plein droit, et sans qu'il y ait ni action, ni exception, le cautionnement d'une obligation pareille est aussi inexistant. Il en est ainsi quand un contrat a une cause illicite, ou lorsqu'un acte solennel a été fait sans l'observation des solennités légales. Donc, en parlant d'exceptions *réelles,* l'article 2036 n'a pas pu entendre des exceptions qu'un débiteur ou une caution serait dans le cas d'opposer à un créancier qui n'a aucune action. Une exception de nullité suppose une action formée par le créancier contre le débiteur ou contre la caution, donc une obligation existante dont on provoque l'annulation, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Ces exceptions sont-elles *réelles,* la caution peut s'en prévaloir; sont-elles personnelles, c'est-à-dire fondées sur l'état de la personne, et sur l'incapacité qui en résulte, la caution ne peut pas les opposer. Tel est le vrai système de la loi; il a pour lui le texte, les travaux préparatoires et les principes.

140. Après avoir établi comme règle que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, l'article 2012 ajoute une exception en ces termes : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple dans le cas de minorité. » La loi ne dit pas quelles sont les exceptions purement personnelles à l'obligé; mais l'exemple qu'elle donne et les rapports et discours du Tribunat ne laissent aucun doute sur la pensée du législateur : il entend parler de l'incapacité du débiteur principal. C'est une cause de nullité qui lui est personnelle, d'abord en ce sens que c'est à raison de l'état du débiteur et de l'incapacité qui en résulte que l'obligation est nulle;

elle lui est encore personnelle en ce sens que les incapables seuls peuvent demander la nullité; d'après l'article 1125, les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. A leur égard donc l'obligation est valable, et l'obligation est aussi considérée comme valable à l'égard de la caution.

L'exception s'applique à tous les incapables; et sont incapables, d'après l'article 1125, les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Il y a une difficulté en ce qui concerne les interdits : toute obligation contractée par un interdit peut, en principe, être cautionnée en vertu de l'article 2012. Mais la caution sera admise à prouver que l'interdit était, lors du contrat, dans l'impossibilité de consentir. Si elle parvient à faire cette preuve, le cautionnement sera nul, pour mieux dire, inexistant, puisque l'obligation principale est inexistante; et là où il n'y a pas de débiteur principal, il ne saurait y avoir de caution (1).

Quel est l'effet du cautionnement d'une dette contractée par un incapable? L'incapable peut demander la nullité à raison de son incapacité; dans ce cas, le créancier aura le droit d'agir contre la caution, sans que celle-ci puisse opposer l'exception de nullité. Il est vrai qu'en règle générale la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette; mais l'article 2036, qui établit ce principe, y apporte une dérogation quant aux exceptions qui sont purement personnelles au débiteur, c'est-à-dire qui résultent de son incapacité.

Nº 3. L'OBLIGATION NATURELLE PEUT-ELLE ÊTRE CAUTIONNÉE?

141. Nous avons enseigné, au titre des *Obligations*, que les dettes naturelles ne peuvent pas être cautionnées (t. XVII, nº 28). La raison en est que l'obligation naturelle n'existe, aux yeux de la loi, que lorsqu'elle est payée, c'est-à-dire que la loi n'y attache un effet civil qu'au mo-

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 677, note 7, § 424, et les auteurs qu'ils citent.



ment où la dette est éteinte; tant qu'elle n'est pas payée, la loi l'ignore; on doit donc l'assimiler à une dette inexistante, laquelle ne peut pas être cautionnée. Le cautionnement implique qu'il y a un débiteur principal contre lequel le créancier peut agir; la caution paye pour lui, et, par suite, elle a un recours contre lui; ce recours est garanti par la subrogation que la loi établit au profit de la caution (art. 2028 et 2029). Quand la dette est naturelle, le créancier n'a aucune action contre le débiteur, la subrogation de même que l'action récursoire deviennent impossibles; légalement parlant, il n'y a ni créancier ni débiteur; donc il ne peut pas y avoir de caution.

On objecte que l'article 2012 consacre implicitement l'opinion contraire en permettant de cautionner les dettes contractées par les incapables. Pourquoi, dit-on, le cautionnement est-il valable malgré l'annulation de l'obligation principale? Parce que, après l'annulation de la dette contractée par l'incapable, il reste une obligation naturelle à charge du débiteur, et c'est cette obligation qui peut être cautionnée. Or, si les dettes naturelles contractées par des incapables peuvent être cautionnées, on doit admettre le même principe pour toutes les obligations naturelles. On a répondu que l'article 2012 établit une exception, et que les exceptions ne peuvent pas être étendues (1). Cela est décisif. Il y a une autre réponse, à notre avis, plus péremptoire encore, c'est que l'obligation des incapables n'est pas une obligation naturelle. La loi ne parle pas d'obligations naturelles dans les articles 2012 et 2036; elle considère l'exception de nullité résultant de l'incapacité comme une exception *personnelle* qui ne peut être opposée que par le débiteur, et dont la caution ne peut se prévaloir; or, une exception suppose une dette civile, annulable, mais donnant une action; tandis que la dette naturelle est une obligation inexistante, et ne donnant pas d'action. Qu'est-ce d'ailleurs qu'une obligation naturelle? C'est une obligation qui, en théorie, réunit toutes les conditions requises pour la validité d'une obligation, mais à laquelle le législateur

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 676, note 5, § 424, et les auteurs qu'ils citent.

a refusé une action. Or, peut-on dire qu une obligation annulée pour cause d'incapacité reste en essence une obligation susceptible d'être sanctionnée par la loi? Cela n'a point de sens. Le législateur a accordé une sanction à l'obligation contractée par un incapable, la seule qu'il pouvait lui donner; le créancier a action contre le débiteur, mais celui-ci peut lui opposer son incapacité; s'il le fait, l'obligation est annulée, et, par suite, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Est-ce qu'il survit une obligation naturelle à l'annulation d'une dette? Cela est inadmissible : la loi ne peut plus reconnaître aucun effet à une obligation dont elle a autorisé l'annulation. Il peut y avoir un devoir de conscience, mais un devoir de conscience n'est pas une obligation naturelle.

On a imaginé l'existence d'une obligation naturelle après l'annulation de l'obligation civile imparfaite contractée par l'incapable, pour expliquer l'article 2012. L'explication n'explique rien, car la prétendue dette naturelle ne produit aucun effet au profit de la caution; celle-ci n'aura aucun recours contre l'incapable, puisque la dette naturelle n'engendre pas d'action. Il faut ajouter que cette explication n'est pas celle des auteurs du code. Le rapporteur du Tribunat se contente de dire que la caution a dû connaître l'incapacité du débiteur, elle a dû prévoir l'annulation de la dette, et elle a pu se soumettre aux conséquences de cette nullité. Cette explication aussi est peu satisfaisante, puisqu'il est de l'essence du cautionnement que la caution ait un recours contre le débiteur. L'article 2012 reste donc une anomalie. Pourquoi ne pas l'avouer, au lieu de chercher des raisons qui ne justifient pas la loi?

Il y a également une anomalie dans le système du code en ce qui concerne les vraies dettes naturelles; nous en avons déjà fait la remarque. Si le débiteur peut payer une dette naturelle, pourquoi ne lui permet-on pas de la cautionner? Ce sont les anomalies que présente la législation qui ont conduit les auteurs à construire une théorie extralégale. Mais cette théorie est aussi pleine d'inconséquences, sans parler des incertitudes; car il n'y a pas un point qui ne soit controversé. Il nous faut entrer dans quelques détails,

puisque ce n'est que par les détails que l'on peut apprécier la théorie obscure qui admet le cautionnement des obligations naturelles.

142. On admet généralement que les dettes naturelles peuvent être cautionnées. Rien de plus faible que les motifs que les auteurs donnent à l'appui de cette doctrine. On lit dans les notes de Massé et Vergé sur Zachariæ que l'on peut cautionner une dette naturelle, parce que celui qui est obligé naturellement n'en est pas moins obligé (1). C'est donner comme motif de décider ce qu'il s'agit de prouver. Nous soutenons que le débiteur d'une obligation naturelle n'est pas obligé, car on n'est obligé que si l'on peut être forcé à remplir son obligation; or, le prétendu créancier n'a pas d'action contre celui qui est obligé naturellement; donc il n'y a ni créancier ni débiteur. Le dernier auteur qui a écrit sur le cautionnement dit que l'obligation naturelle peut être cautionnée, parce qu'elle est valable dans une certaine mesure (2). En quel sens est-elle valable? La loi n'attribue qu'un seul effet à la dette naturelle, c'est que le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a volontairement payé; et, chose remarquable, l'article 1235 ne qualifie pas même de débiteur celui qui acquitte une obligation naturelle. Qu'en faut-il conclure? L'orateur du gouvernement dit très-bien que l'obligation naturelle ne devient un lien civil que par induction tirée du payement; donc, tant qu'il n'y a pas de payement, il n'y a aucune dette aux yeux de la loi; et conçoit-on que la caution s'oblige de payer une dette qui n'existe point?

143. Dans l'application des principes généralement admis, les doutes et les controverses abondent. Peut-on cautionner une dette de conscience? Oui, dit Larombière, parce que le cautionnement opère une novation qui transforme la dette naturelle en une dette civile. C'est une très-mauvaise raison; ce qui témoigne que la cause est mauvaise. Comment un engagement accessoire qui laisse subsister la dette, sans rien changer à l'objet ni aux personnes, opérerait-il novation? C'est une novation imagi-

(1) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. V, p. 66, note 15.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 22, n° 36.

naire, sur laquelle il est inutile d'insister, parce que Larombière est resté seul de son avis. Toutefois son opinion n'est pas aussi absurde qu'on le dit. La plupart des auteurs confondent les obligations naturelles avec les devoirs de conscience, mais ils reculent devant les conséquences de leur doctrine. Larombière, plus logique, a raison de dire que, si les devoirs de conscience sont des dettes naturelles, on doit aussi admettre qu'elles peuvent être cautionnées, puisque l'on pose en principe que les dettes naturelles peuvent être cautionnées (1).

144. L'obligation des incapables est-elle une obligation naturelle? On enseigne généralement l'affirmative. Si l'obligation est annulée, dit-on, c'est uniquement parce que le législateur présume que l'incapable n'a pas donné un consentement réfléchi et éclairé; mais, en fait, l'incapable peut avoir donné un consentement éclairé et libre. Donc il survit à l'annulation une obligation naturelle (2). Logiquement il faudrait dire que l'incapable est civilement obligé, si l'on prouve qu'il était capable lors du contrat. Dire qu'il n'est tenu que naturellement, c'est déjà une inconséquence. Et à quoi sert-elle? A rien. Si l'incapable fait annuler son obligation, la caution devra payer; vainement prouverait-elle que l'incapable a donné un consentement valable, cette preuve ne serait pas même admise; et quand on l'admettrait, la caution n'en serait pas moins sans action, puisque la dette naturelle ne donne pas d'action.

Les auteurs qui enseignent que l'obligation des incapables reste une dette naturelle, malgré l'annulation, ajoutent une restriction, c'est que la caution est admise à prouver que l'incapable n'a réellement pas consenti. Cette restriction est inutile et elle embrouille les idées, car on donne comme exception une hypothèse qui n'entre pas dans la règle; en effet, autre chose est l'incapacité, autre chose est le consentement; la capacité n'est requise que pour la validité des conventions, tandis que sans consentement il n'y a pas d'obligation.

(1) Larombière, *Obligations*, article 1235, n° 10 (édition belge, t. II, p. 140). En sens contraire, Pont, t. II, p. 22, n°s 38 et 39.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 25, n° 42, et les auteurs qu'il cite.

145. Le mineur accepte une succession sans observer les formes prescrites par la loi; puis il se fait restituer. Reste-t-il une obligation naturelle qui puisse être cautionnée? Oui, dit M. Pont; tous les autres interprètes disent non. Dans notre opinion, il est certain qu'il n'y a pas d'obligation naturelle (nos 141 et 142). Si l'acceptation est annulée, elle est censée n'avoir jamais existé; donc le mineur n'a jamais été héritier; partant, il n'a aucune obligation. Toutefois l'article 2012 serait applicable, puisque c'est à raison de son incapacité qu'il se fait restituer (1).

146. Le tuteur fait un acte sans observer les formalités que la loi prescrit ; on demande si l'obligation qu'il contracte peut être cautionnée. Oui, et sans doute aucun, dans notre opinion, puisque l'acte est simplement annulable; mais l'annulation de l'acte fera tomber le cautionnement. Il y a une opinion contraire qui considère l'acte comme inexistant, et qui en conclut que le cautionnement est nul dans son principe. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (t. XVI, n° 36) (2).

147. Les actes passés par la femme sans autorisation peuvent-ils être cautionnés? Pothier les considère comme inexistants, tandis que Domat enseigne qu'ils sont simplement annulables. Ni l'un ni l'autre ne parlent d'une obligation naturelle. Les auteurs modernes disent qu'il y a une obligation naturelle qui survit à l'annulation de l'obligation et qui peut servir de base au cautionnement. Obligation purement imaginaire; car, dans le système du code, l'obligation est frappée de nullité, comme conséquence de la puissance maritale : peut-il y avoir une obligation naturelle contraire à la puissance du mari, laquelle est d'ordre public (3)?

Que faut-il décider quand la femme vend un fonds dotal? Nouvelle controverse. La vente est-elle inexistante ou nulle? Il n'y a aucun motif pour la déclarer inexistante, donc elle peut être cautionnée. Y aura-t-il lieu à l'applica-

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, nos 39 et 45. Pont, t. II, n° 43.
(2) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 26, n° 44, et les auteurs qu'il cite.
(3) En sens contraire, Pont, t. II, p. 26, n° 46, et les auteurs cités, t. XVII, n° 28.

tion de l'article 2012? Oui, si la femme a vendu sans être autorisée. Non, si elle a vendu avec autorisation maritale. Dans le premier cas, la vente est nulle pour cause d'incapacité; dans le second, l'incapacité de la femme est hors de cause; donc l'article 2012 n'est pas applicable (1).

148. On admet encore qu'il existe une obligation naturelle quand l'interdit a fait prononcer la nullité de l'acte qu'il a passé postérieurement à l'interdiction. Il y a un motif spécial, dans ce cas, pour rejeter toute espèce d'obligation. La loi établit une présomption légale d'incapacité résultant du jugement qui prononce l'interdiction. Donc on n'est jamais admis à prouver que l'interdit se trouvait dans un intervalle lucide. C'est cependant cette preuve qu'il faudrait faire pour qu'il y eût une obligation quelconque survivant à l'annulation de l'acte (2).

149. Y a-t-il une obligation naturelle qui survit au serment décisoire prêté par le débiteur? La question est controversée. Ce qu'on appelle obligation naturelle, dans ce cas, est un devoir de conscience, et ces devoirs n'ont aucun effet en droit (3).

Survit-il une obligation naturelle à la chose jugée, à la prescription? Ces questions sont également controversées. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 12).

N° 4. DU CONSENTEMENT.

150. La caution s'oblige envers le créancier; il faut donc le consentement des deux parties contractantes. Quant au débiteur, il reste étranger au contrat qui intervient entre le créancier et la caution; l'article 2014 en conclut que l'on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. Nous reviendrons sur cette disposition en traitant des rapports qui résultent du cautionnement entre la caution et le débiteur.

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs et les arrêts cités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Cautionnement*, n°s 66 et 67. Il faut ajouter Grenoble, 17 février 1847 (Dalloz, 1848, 2, 52).
(2) En sens contraire, Pont, t. II, p. 25, n° 42.
(3) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 28, n° 50.

151. La caution, en consentant, contracte une obligation personnelle, à la différence de celui qui donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers. Le gage et l'hypothèque sont aussi des contrats qui exigent le consentement des parties contractantes; mais si je donne un gage ou une hypothèque pour la dette d'un tiers, je ne m'oblige pas personnellement; de sorte que si le gage ou l'hypothèque venaient à s'éteindre par la perte de la chose, le créancier n'aurait pas d'action contre moi, car je ne me suis pas obligé au payement de la dette; j'ai constitué un droit réel sur une chose mobilière ou immobilière; c'est donc la chose seule qui est grevée (1).

Le principe qu'il n'y a point de cautionnement sans un engagement personnel de la caution a des conséquences très-importantes. Aux termes de l'article 2037, la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Cette exception ne peut être invoquée que par la caution; celui qui a seulement affecté ses biens comme garantie ne peut pas s'en prévaloir. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux; car le bénéfice de l'article 2037, comme nous le dirons plus loin, dérive de la nature du cautionnement, il ne peut donc profiter qu'à celui qui s'est obligé comme caution (2).

L'article 2032 porte que la caution peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisé, même avant d'avoir payé, lorsque dix années se sont écoulées depuis que le cautionnement a été contracté. Il a été jugé que cette disposition est applicable à celui qui a hypothéqué ses biens pour sûreté d'une rente constituée par un tiers; la cour invoque l'analogie entre la caution et celui qui constitue une hypothèque pour garantie de la dette d'un tiers (3). L'analogie est une mauvaise raison quand il s'agit d'appliquer une disposition, portée pour le cautionnement, à une convention qui n'est point un cautionnement; il y a sans doute une analogie entre la caution personnelle et la cau-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 304, n° 296.
(2) Cassation, 25 novembre 1812 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 31).
(3) Bruxelles, 2 avril 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 349).

tion dite *réelle*, mais les deux conventions n'en diffèrent pas moins dans leur essence, l'une engendrant une obligation personnelle, tandis que l'autre n'en produit point. On a encore invoqué l'équité, et, à ce propos, on a avancé cette étrange maxime : *A défaut de texte formel qui nous lie, le droit pour nous c'est l'équité* (1). Non, le droit ce n'est point l'équité, ce sont les principes qui, fondés sur la loi, sont établis par la science. Or, le plus élémentaire des principes qui président à l'interprétation des lois est que les dispositions exceptionnelles ne peuvent pas s'étendre, quand même il y aurait analogie; et l'article 2032, en permettant à la caution d'agir avant qu'elle ait payé, établit certainement une exception au droit commun; donc il est de stricte interprétation. L'équité est hors de cause ici, elle ne devient un motif de décider que lorsqu'il y a dans la loi une lacune que les principes ne peuvent pas combler.

132. Le principe que la caution s'oblige personnellement ne signifie point que l'engagement de la caution soit attaché à sa personne. Aux termes de l'article 2017, les engagements des cautions passent à leurs héritiers. C'est le droit commun (art. 1122); et l'on ne voit pas pourquoi les auteurs du code civil ont cru devoir le dire du cautionnement, alors qu'ils ne l'ont pas dit des autres contrats. L'histoire du droit nous donne l'explication de cette singularité. Dans l'ancien droit romain et dans le droit français du moyen âge, le cautionnement ne passait pas aux héritiers, peut-être parce qu'on le considérait comme un service d'ami, de même que le mandat. Il y a quelque chose de vrai dans cette doctrine, mais elle ne tient pas compte des droits du créancier qui n'aurait point contracté sans le cautionnement. Le code a donc bien fait de maintenir le droit commun (2). Toutefois il admet une exception pour l'un des effets que produit le cautionnement; quand la caution est soumise à la contrainte par corps, cette voie d'exé-

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, n° 16. Comparez Troplong et Dalloz, qui abondent en ce sens, tout en n'admettant pas la maxime dans le sens absolu qu'elle présente.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 328, n° 322. Pont, t. II, p. 61, n° 110.

cution ne peut pas être exercée contre les héritiers. « C'est une règle générale, dit le rapporteur du Tribunat, que les héritiers ne sont obligés par corps à l'exécution d'aucun des engagements contractés par ceux auxquels ils succèdent (1). » La règle et l'exception ne sont plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique.

153. « Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès » (art. 2015). Il va sans dire que le cautionnement ne se présume point, aucune obligation ne se présume. La loi pouvait se contenter de dire que le cautionnement doit être exprès, ce qui exclut le cautionnement tacite; il faut une manifestation de volonté donnée par paroles; c'est le sens du mot *exprès,* comme nous l'avons dit bien des fois. L'article 2015 déroge, sous ce rapport, aux principes généraux de droit. En règle générale, le consentement s'exprime par des faits aussi bien que par des paroles; c'est un vieil adage que le consentement tacite a la même force que le consentement exprès. Pourquoi la loi n'admet-elle pas un cautionnement tacite, comme elle admet un mandat tacite? Le cautionnement est un engagement très-dangereux; il y a un proverbe qui dit : Qui cautionne paye. Celui qui cautionne a confiance dans la solvabilité du débiteur; trop souvent cette confiance est trompée; la caution est obligée de payer, et le recours qu'elle a contre le débiteur insolvable est dérisoire. La loi a voulu garantir celui qui est disposé à se porter caution, contre l'entraînement d'un sentiment irréfléchi; on se laisse aller facilement à une promesse inspirée par l'affection et par la bienveillance; mais, quand il s'agit de s'obliger sérieusement, on y regarde à deux fois. D'ordinaire ces engagements se prennent par écrit, et l'on promet plus difficilement par écrit qu'oralement. La loi a encore voulu empêcher que l'on n'interprétât comme une promesse ce qui n'est qu'une recommandation, par laquelle celui qui recommande n'entend pas se porter garant de la personne recommandée. La nuance est parfois délicate, car la loi n'exige point des ter-

(1) Chabot, Rapport, n° 8 (Locré, t. VII, p. 423).

mes sacramentels; c'est au juge à apprécier, et la règle de l'article 2015 lui servira de guide; il ne doit considérer comme caution que celui qui s'est obligé à ce titre.

La jurisprudence est en ce sens. Un notaire, en envoyant à son confrère l'estimation d'immeubles dont son correspondant avait demandé la valeur exacte, les immeubles devant être hypothéqués pour sûreté d'un emprunt, ajouta dans sa lettre : « Qu'il s'en rendrait toujours acquéreur au prix de cette estimation. » Etait-ce se porter garant de la valeur à laquelle les immeubles avaient été estimés? Non, dit la cour de Nancy. Les paroles que nous venons de transcrire n'étaient autre chose qu'une de ces protestations que font les estimateurs pour attester l'exactitude de leur estimation. Interpréter des renseignements officieux, avec les paroles qui les accompagnent, comme un cautionnement, ce serait jeter la défiance et l'inquiétude dans les relations d'affaires, et jusque dans les rapports d'amitié. C'est précisément pour prévenir ces fausses interprétations que le législateur a écrit dans la loi cette règle d'interprétation que le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès (1).

154. Chabot dit, dans son rapport au Tribunat, qu'une simple recommandation, ou une invitation de prêter de l'argent, ou de fournir des marchandises à une personne dont on certifie même la solvabilité, n'est pas un cautionnement (2). C'est une doctrine traditionnelle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée. J'écris à mon correspondant : « Un tel doit mettre son fils en pension chez vous; c'est un homme de probité qui vous payera bien. » Il a été jugé que cette recommandation ne formait pas un cautionnement; autre chose est d'annoncer qu'on croit un homme solvable, autre chose est de se rendre caution pour lui (3).

La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une affaire où les recommandations et les protestations ne manquaient point. Un commissionnaire fait marché avec une société charbonnière pour une livraison de 100,000 hectolitres de

(1) Nancy, 9 avril 1870 (Dalloz, 1872, 2, 193).
(2) Chabot, Rapport, n° 9 (Locré, t. VII, p. 423).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° I (t. III, p. 470).

charbon, moyennant une commission de 2 pour 100. L'acheteur tomba en faillite. Action en payement de la commission et demande reconventionnelle contre le commissionnaire comme garant du marché. Le défendeur invoquait les lettres du commissionnaire. Il avait écrit au représentant de la société : « Je vous donne l'assurance sacrée que je ne vous mettrai pas en embarras ni la société en perte. Je m'efforce de constituer de bonnes affaires pour la société, et jamais on n'aura de pertes par ma recommandation. » La correspondance contenait d'autres protestations analogues. Néanmoins le premier juge ainsi que la cour d'appel repoussèrent la demande de la compagnie. La cour de Bruxelles dit que le demandeur n'était intervenu que comme commissionnaire, c'est-à-dire comme mandataire; la lettre que la société invoquait ne contenait pas une promesse de cautionnement; elle ne disait pas en termes exprès, comme l'exige l'article 2015, que le commissionnaire se portait caution, ni des termes équipollents. Il y avait, dans l'espèce, un motif péremptoire de le décider ainsi; le commissionnaire qui garantit la solvabilité de l'acheteur stipule d'ordinaire une indemnité du créancier : c'est la convention connue sous le nom de *ducroire* (n° 124). Or, le commissionnaire n'avait stipulé aucune indemnité; dès lors il était certain qu'il n'avait pas entendu intervenir comme caution (1).

155. Est-ce à dire que la recommandation n'entraîne jamais une responsabilité à charge de celui qui la fait? La recommandation, même faite de bonne foi, peut constituer un quasi-délit et, par conséquent, engager la responsabilité de celui qui la fait. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Engagements qui se forment sans convention* (2).

156. Toute garantie n'est pas un cautionnement. On a prétendu, devant la cour de cassation, que le vendeur, garant de l'éviction, est par cela même réputé caution. La cour a repoussé cette étrange prétention du fisc en matière

(1) Bruxelles, 18 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 356).
(2) Comparez Rouen, 30 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).



d'enregistrement. Si le vendeur est garant, il ne cautionne pas; car qui cautionnerait-il? C'est lui-même qui est le débiteur principal, et il l'est en vertu de la nature de la vente et, même de son essence, en droit moderne. Cette garantie, à la différence du cautionnement, ne doit pas être stipulée, elle existe de droit. Il n'y a donc rien de commun entre la garantie dont le vendeur est tenu et l'obligation qui incombe à la caution (1).

157. En disant que le *cautionnement* doit être exprès, l'article 2015 entend parler de l'obligation contractée par la caution. Pour que cette obligation existe, il faut que le contrat de cautionnement soit parfait; ce qui implique le concours de consentement du créancier. Faut-il aussi que le consentement du créancier soit exprès? On pourrait le soutenir en s'attachant à la lettre de la loi, puisqu'elle dit que le cautionnement, c'est-à-dire le *contrat*, doit être exprès. Mais cette interprétation serait contraire à l'esprit bien évident de la loi. La loi veut garantir la caution contre une promesse irréfléchie; quant au créancier, il ne contracte aucune obligation; il n'y a donc aucune raison pour déroger, en ce qui le concerne, aux principes généraux de droit. Le texte n'est pas contraire; quand la loi dit que le *cautionnement* doit être exprès, elle entend par là l'obligation de la caution, puisque la caution seule s'oblige. Il suit de là que l'acceptation du créancier peut être tacite (2).

La cour de cassation l'a jugé ainsi en confirmant par un arrêt de rejet une décision qui, en fait, nous paraît douteuse. Un négociant écrit à un banquier de vouloir bien avancer une somme de 5,000 fr. à telle maison, en ajoutant : « Je vous offre même ma garantie personnelle si elle peut vous être agréable. » La somme fut comptée et l'emprunteur tomba en faillite. De là une action contre le négociant sur la demande duquel l'avance des 5,000 francs avait été faite. Y avait-il cautionnement? Le premier juge décida que la lettre n'impliquait aucun cautionnement. Là n'était pas la question; il s'agissait de savoir si l'offre de

(1) Cassation, 23 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161).
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 69, note 6.

cautionnement avait été acceptée par le banquier. La cour de Rennes jugea que l'offre avait été acceptée par la délivrance même des 5,000 francs remis aux emprunteurs et la souscription d'un billet de pareille somme. Le pourvoi, admis par la chambre des requêtes, fut rejeté par la chambre civile sur les conclusions contraires de l'avocat général (1). Il y avait doute; les faits allégués par le demandeur ne prouvaient pas avec certitude que le banquier n'avait entendu délivrer les fonds que sous la condition du cautionnement qui lui était offert. Si telle avait été sa pensée, n'en aurait-il pas informé son correspondant?

158. La loi ne dit pas dans quelle forme le consentement doit être exprimé. Il en résulte qu'elle maintient les principes généraux établis au titre des *Obligations* (2). Le cautionnement peut donc être constaté ou par acte authentique ou par acte sous seing privé, et même verbalement, comme l'article 1985 le dit du mandat. Cet article ajoute que le mandat peut être donné *même par lettre*. Il a été jugé que le cautionnement pouvait être établi par la correspondance des parties, et qu'il entre exclusivement dans les attributions des cours d'appel de l'apprécier (3). Cela est trop absolu. S'il s'agit d'un cautionnement commercial, la décision est juste; mais, en matière civile, elle est très-contestable. Il n'y a qu'une seule disposition du code qui mentionne les lettres comme preuve, c'est l'article 1985, et la manière dont elle est rédigée prouve que c'est une exception; en effet, les lettres ne sont pas des *actes*, et les *actes* seuls font preuve. Toutefois, la loi ne prescrivant aucune formalité spéciale pour les écrits sous seing privé, hors des cas prévus par les articles 1325 et 1326, on peut soutenir qu'une lettre suffit pour prouver l'offre de cautionnement et l'acceptation du créancier. Mais la question de savoir si le cautionnement reste sous l'empire de la règle générale, ou s'il faut appliquer l'article 1326, est très-controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des

(1) Rejet, chambre civile, 28 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 396).
(2) Duranton, t. XVIII, p. 307, n° 298, et tous les auteurs.
(3) Rejet, 14 mars 1811 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 158).

Obligations (t. XIX, n° 224) et au titre du *Mandat* (t. XXVII, n° 447).

Quand le cautionnement est reçu par acte authentique, il faut appliquer la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat. Un notaire reçoit un acte de prêt en déclarant stipuler pour le prêteur absent. Dans ce même acte intervient un tiers comme caution de l'emprunteur, et il constitue une hypothèque pour la sûreté du cautionnement. L'acte de prêt était nul, comme authentique, en vertu de la loi de ventôse (art. 8), qui défend aux notaires, sous peine de nullité, de recevoir des actes dans lesquels ils seraient parties; mais il pouvait valoir comme écrit sous signature privée, puisqu'il était signé des parties. Il en était de même du cautionnement; mais l'hypothèque, étant un acte solennel, était radicalement nulle. Le premier juge avait déclaré l'acte valable en tant qu'il concernait le cautionnement, puisque le notaire ne stipulait pas pour la caution, laquelle était présente au contrat. L'arrêt a été cassé. Si le cautionnement avait été reçu par acte distinct, la décision eût été très-juste; mais, dans l'espèce, le cautionnement était une condition de l'acte d'emprunt, donc une clause de l'acte avec lequel il ne faisait qu'un; dès lors la nullité de l'acte principal entraînait la nullité de la clause accessoire : c'est, dit la cour, une conséquence de l'unité et de l'indivisibilité de l'acte (1). Il nous reste un doute. Un acte peut contenir des conventions distinctes; or, le prêt et le cautionnement sont des contrats différents, quoique l'obligation de la caution soit accessoire de celle de l'emprunteur; quant à la preuve notamment, il y avait, dans l'espèce, trois conventions diverses, un prêt, un cautionnement et une hypothèque; or, le prêt seul était nul, puisque le notaire n'avait stipulé que pour le prêteur comme tel, et non pour le prêteur intervenant dans un acte de cautionnement et dans un acte d'hypothèque.

159. Quand le cautionnement est donné verbalement, la preuve testimoniale n'en est admise que conformément aux règles établies au titre des *Obligations*. C'est le droit commun; donc la preuve par témoins ne sera pas reçue si

(1) Cassation, 11 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).

le montant du cautionnement dépasse 150 francs, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit (1). Si le cautionnement était commercial, la preuve par témoins serait admissible indéfiniment. Le principe n'est pas douteux, mais l'application soulève une difficulté : quand le cautionnement est-il commercial? Lorsque la caution fait un acte de commerce en cautionnant, la décision n'est pas douteuse. Mais par lui-même le cautionnement est un contrat civil, comme nous le dirons plus loin; donc soumis aux règles sur les preuves en matière civile. La jurisprudence va plus loin; un arrêt de la cour de cassation admet les preuves du code de commerce, par cela seul que la *matière du procès* est commerciale; et, dans l'espèce, l'obligation principale était, à la vérité, commerciale, mais le cautionnement était civil (2). La cour de Limoges a jugé, en termes généraux, que le cautionnement, comme accessoire d'un contrat commercial, peut se prouver par témoins (3). A notre avis, c'est pousser trop loin les conséquences du principe que le cautionnement est un contrat accessoire. Quoique accessoire, il a sa nature particulière, c'est un contrat de bienfaisance, donc essentiellement civil; et il reste civil, alors même que l'obligation principale serait commerciale; à ce point de vue, la qualité de contrat accessoire ne peut avoir aucune influence sur la preuve; le cautionnement se prouve d'après les règles du droit civil et le contrat principal d'après les règles du code de commerce.

N° 5. DE LA CAPACITÉ.

160. Il faut, avant toutes choses, dit Pothier, que la caution soit capable de contracter et de s'obliger comme caution. Treilhard reproduit ce principe, qui est d'évidence : à quoi servirait, dit-il, l'engagement d'un homme qui ne pourrait pas s'engager (4)? Les auteurs enseignent généra-

(1) Rejet, chambre civile, 1er février 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4099, 2°).
(2) Rejet, 17 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 293).
(3) Limoges, 9 février 1839 (Dalloz, au mot *Acte de commerce*, n° 314).
(4) Pothier, *Des obligations*, n° 387. Treilhard, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. VII, p. 417).



lement que, quant à la capacité de la caution, on suit les règles générales sur la capacité de s'obliger (1). On a objecté que la capacité de s'obliger ne suffit point : le cautionnement étant un contrat de bienfaisance, dit-on, il faut que la caution soit capable de disposer à titre gratuit (2). Ne pourrait-on pas répondre que le cautionnement se contracte entre la caution et le créancier, et qu'à l'égard du créancier l'acte n'est pas une libéralité (n° 122)? D'ailleurs le cautionnement n'est pas gratuit de son essence; on ne peut donc pas prendre la gratuité comme point de départ pour en induire que la caution doit être capable de donner. Il est plus exact de dire que le cautionnement est un acte de disposition; en effet, la caution s'oblige à payer sans rien obtenir, en compensation des risques qu'elle court, ni du créancier, ni du débiteur; elle dispose de ce qu'elle s'oblige de donner au créancier, car payer, c'est disposer. Le principe est donc que ceux qui ne sont pas capables de disposer ne peuvent pas se porter cautions. Tel est le tuteur; il est capable de s'obliger dans les limites de son pouvoir d'administration, mais il ne peut pas se porter caution au nom du mineur, parce que cautionner ce n'est pas administrer, c'est disposer : qui cautionne paye. Par la même raison, le mineur émancipé ne peut pas cautionner, car il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484); et cautionner n'est certes pas un acte de pure administration. Quant aux interdits, ils sont frappés d'une incapacité absolue, au moins pour ce qui concerne les actes pécuniaires.

Les femmes mariées ne sont incapables qu'en ce sens qu'elles ne peuvent faire aucun acte juridique sans autorisation maritale; autorisées, elles peuvent disposer et, par suite, cautionner. Quand la femme est séparée de biens, elle est affranchie de la puissance maritale en ce qui concerne les actes d'administration; cela décide la question du cautionnement; ce n'est pas un acte d'administration, et en

(1) Duranton, t. XVIII, p. 315, n° 309.
(2) Pont, *Des petits contrats*, p. 32, n° 57.

dehors de ces actes, la femme reste incapable. La cour de Poitiers l'a jugé ainsi, en qualifiant d'acte de faiblesse le cautionnement donné par la femme sans aucun profit pour elle-même (1). Ce n'est pas un motif juridique; la femme séparée de biens peut aussi faire des actes d'administration qui ne lui sont pas profitables; cela n'empêche pas qu'elle soit liée par ces actes.

Les personnes placées sous conseil judiciaire ne sont pas rangées parmi les incapables; leur incapacité n'est que spéciale et elle est couverte par l'assistance du conseil; comme il leur est défendu d'aliéner, il en faut conclure qu'elles ne peuvent se porter cautions.

§ III. *Étendue du cautionnement.*

161. Le cautionnement est une obligation accessoire. En faut-il conclure qu'elle est identique avec l'obligation principale, quant à son étendue? L'article 2013 distingue : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses. » Le cautionnement étant un contrat accessoire, on ne conçoit pas que l'obligation de la caution dépasse celle du débiteur principal; cela serait contraire à l'essence du cautionnement tel qu'il est défini par l'article 2011. La caution s'oblige à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même; la caution n'est donc tenue que de l'obligation du débiteur. Est-ce à dire qu'elle soit nécessairement tenue de toute l'obligation? Non, car la garantie d'une dette peut être partielle; les parties sont libres de la stipuler comme elles l'entendent. Cela est aussi fondé en raison. Le créancier peut avoir confiance dans la solvabilité du débiteur pour une partie de la dette; il suffit, dans ce cas, que la caution lui garantisse le payement, en tant que la dette excède la solvabilité.

(1) Poitiers, 3 février 1858 (Dalloz, 1859, 2, 72). Comparez Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 145, note 36.



Ce que nous disons du montant de la dette s'applique aussi aux conditions, car les conditions font partie de la dette, elles l'aggravent ou elles en diminuent la charge : il est plus onéreux de payer une dette immédiatement que de la payer à terme, et une obligation conditionnelle est moins onéreuse qu'une obligation pure et simple. Le lieu où une dette est payable peut occasionner des frais à la caution ou la dispenser d'en faire; cette circonstance doit donc aussi être prise en considération, pour décider si la dette est plus ou moins onéreuse. Enfin les clauses de la convention, une peine stipulée, un mode d'exécution, peuvent devenir une charge. Les conditions sous lesquelles la caution s'oblige ne peuvent pas être plus onéreuses, parce que ce serait excéder la dette, elles peuvent être moins onéreuses : cela dépend de l'intérêt du créancier, et lui seul en est juge (1).

La jurisprudence est rare en cette matière qui joue un assez grand rôle dans la théorie. Il n'est pas dans nos usages que la caution s'engage à plus, et le créancier a toujours intérêt à ce que l'engagement de la caution ne soit pas moindre que la dette principale. La cour de Douai a appliqué l'article 2013 dans un cas où il n'y avait pas même lieu d'en faire l'application. Un banquier ouvre un crédit de 12,000 francs à un négociant; un tiers intervient pour le cautionner. Faillite du crédité. La caution paye les 12,000 francs sur l'assurance du banquier qu'il était créancier de cette somme. Mais il se trouva que le banquier ne fut admis que pour 6,010 francs. La caution agit en restitution de ce qu'elle avait payé de trop. Il a été jugé que le cautionnement ne pouvant excéder que ce qui était dû par le débiteur, la caution, dans l'espèce, n'était tenue que de 6,010 francs et qu'elle pouvait, par suite, répéter ce qu'elle avait payé indûment (2). En réalité, il n'était pas question d'un cautionnement excédant la dette principale, car la caution ne s'était obligée que pour cette dette, mais c'était une dette future, dont le montant dépendait des avances

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 370.
(2) Douai, 9 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 76).

faites par le banquier; les créances n'étant que de 6,010 fr., il allait sans dire que la caution ne pouvait être tenue au delà de ce qui était dû au banquier.

162. La caution peut-elle ajouter à la dette principale une sûreté réelle, telle qu'un gage ou une hypothèque? Oui, et sans doute aucun. Ce n'est pas là aggraver sa condition; en effet, l'hypothèque ne concerne que les relations du créancier hypothécaire avec les créanciers chirographaires, elle lui donne un rang de préférence, mais elle n'aggrave pas la situation du débiteur; qu'il y ait hypothèque ou non, le créancier peut exproprier la caution : qu'il l'exproprie en vertu d'une hypothèque ou en vertu du droit de gage de l'article 2092, cela importe peu à la caution. C'est en ce sens que Pothier dit que la caution peut être tenue plus étroitement quant à la *qualité du lien*. Il donne comme exemple que le fidéjusseur peut être contraignable par corps, tandis que le débiteur principal ne l'est point. La caution qui donne une hypothèque est tenue en vertu d'un double lien, un lien personnel et un lien réel; mais elle n'est pas pour cela obligée plus durement, puisque, en vertu du lien personnel, le créancier avait aussi action sur ses biens (1).

163. On demande si la caution profite du délai de grâce ou du sursis que le juge accorde au débiteur principal. Cette question est, en réalité, étrangère à l'article 2013, car il ne s'agit pas d'un terme stipulé par la caution. Il est certain que la caution peut stipuler un délai, quoique le débiteur principal n'en ait point; c'est une de ces conditions moins onéreuses que la loi permet. Ce n'est pas non plus le cas d'appliquer l'article 2036, concernant les exceptions que la caution peut ou ne peut pas opposer au créancier; car ces exceptions résultent de la convention, tandis que le délai de grâce et le sursis sont, au contraire, accordés malgré la convention. La question est donc tout autre. Quand le juge accorde un délai au débiteur, il en résulte que les poursuites sont suspendues, le créancier ne peut

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 376. Aubry et Rau, t. IV, p. 673, note 4, § 423.



donc pas discuter les biens du débiteur. Or, la caution a le bénéfice de discussion, c'est-à-dire qu'elle ne doit payer qu'après que le créancier a saisi et fait vendre les biens du débiteur principal. Si ces biens ne peuvent pas être discutés, la poursuite de la caution devient impossible jusqu'à ce que le délai de grâce soit expiré. Le juge qui accorde un délai au débiteur ne peut pas priver la caution d'un droit qui lui appartient; elle conserve donc son bénéfice de discussion; la discussion étant arrêtée, il en doit être de même de la poursuite du créancier contre la caution. La doctrine et la jurisprudence sont assez confuses en cette matière. C'est qu'elles partent d'un principe qui n'est pas exact, en se plaçant sur le terrain des articles 2013 et 2036 (1). Nous croyons inutile d'insister, parce que les principes sont certains.

164. Que faut-il décider si le cautionnement excède la dette ou s'il est contracté sous des conditions plus onéreuses? L'article 2013 répond que le cautionnement n'est pas nul, qu'il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. Les auteurs du code ont suivi sur ce point l'opinion de Pothier, contraire à la doctrine romaine. On disait en faveur de cette doctrine que le cautionnement étant essentiellement une obligation accessoire de l'obligation principale, l'engagement de la caution est vicié dans son essence quand l'accessoire dépasse le principal. C'était un de ces arguments logiques, bons dans les sciences exactes, mauvais dans les sciences morales. Pothier dit que le raisonnement est plus subtil que solide. Tout ce qu'on peut conclure du caractère accessoire du cautionnement, c'est que la caution qui s'est obligée à plus que le débiteur principal, n'est pas tenue à ce plus; mais rien n'empêche qu'elle soit tenue de ce dont le débiteur est tenu; car en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu au moins s'obliger à celle que le débiteur a promise. C'est dire que la question n'est pas une question de logique, qu'elle doit être décidée d'après l'intention des

(1) Pont, t. II, p. 401, n° 73. Comparez les arrêts recueillis par Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 79.

parties contractantes, et à ce point de vue la décision n'est pas douteuse. Pothier ajoute que les lois romaines n'étant suivies dans les provinces coutumières qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité, on doit s'en écarter en ce qui concerne l'obligation excessive de la caution, et décider qu'elle est tenue comme l'est le débiteur principal, en retranchant l'excès et les conditions plus rigoureuses (1). Ces paroles de Pothier méritent toute notre attention ; elles déterminent la véritable autorité que le droit romain avait dans les pays de coutume et celle, par conséquent, que les auteurs du code lui ont reconnue, car leur guide exclusif est Pothier ; nous ne parlons pas de Domat, qui écrivait également dans les pays de coutume. Il faut donc laisser là le Digeste, pour s'en tenir au droit tel que l'équité coutumière l'avait modifié.

Les orateurs du gouvernement et du Tribunat abondent dans cet ordre d'idées. Treilhard dit, dans l'Exposé des motifs : « Le règne des subtilités est passé. » Cela est significatif, puisqu'il était question d'une doctrine romaine. Lahary demande si le cautionnement qui excède la dette principale sera nul. Non, répond l'orateur du Tribunat, il sera seulement réductible à la mesure de l'obligation du débiteur : *Rien n'est plus raisonnable que cette disposition* (2). C'est dire que les subtilités romaines n'étaient guère raisonnables ; le droit n'est pas une logique, c'est une face de la vie réelle, c'est donc la volonté de l'homme qui y domine ; l'homme n'est pas fait pour les principes, les principes sont faits pour l'homme.

163. En principe, et sauf convention contraire, l'obligation de la caution a la même étendue que celle du débiteur. Cela ne veut pas dire qu'elle ait en tout les mêmes effets. Les deux obligations naissent de conventions différentes, elles peuvent donc avoir des effets différents. Si l'obligation principale résulte d'un engagement commercial, les parties sont justiciables des tribunaux de commerce. Est-ce à dire que celui qui cautionne cette conven-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 375.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 5 (Locré, t. VII, p. 417).

tion peut aussi être traduit devant la juridiction consulaire? En principe, non; car le cautionnement est un acte civil par sa nature, puisque c'est un contrat de bienfaisance; et même à l'égard du créancier, on ne peut pas dire que le cautionnement soit une convention commerciale, quoique, à son égard, il n'y ait pas de libéralité; c'est un engagement par lequel la caution s'oblige à payer si le débiteur ne satisfait pas à son obligation; il n'y a rien de commercial dans cet engagement, il est purement civil, donc il n'est point de la compétence des juges consulaires qui ne sont établis que pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce et de celles qui concernent les transactions entre commerçants (code de com., art. 631). Vainement dirait-on que le cautionnement est l'accessoire d'une convention commerciale; cela est vrai en ce sens qu'il n'y a pas de cautionnement sans dette principale, et que l'étendue de l'obligation accessoire ne peut pas dépasser celle de l'obligation principale; mais cela ne signifie point que l'obligation de la caution se confonde avec celle du débiteur au point de prendre sa nature. Une pareille conséquence serait contraire au principe d'ordre public qui détermine la compétence des juridictions exceptionnelles.

Nous n'insistons pas, puisque la question concerne le droit commercial. Il importe cependant de constater la jurisprudence, puisqu'elle touche au droit civil. La cour de cassation formule le principe dans les termes les plus absolus, et l'applique au cas où la caution serait un commerçant : « Le contrat de cautionnement, alors même que l'obligation qu'il a pour objet de garantir est commercial, est un contrat purement civil, quand bien même celui qui l'a consenti serait commerçant, à moins que l'acte de cautionnement n'ait été donné dans une forme commerciale, ou ne tienne à un fait commercial de sa nature (1). » On voit que la cour ne s'est pas donné la peine de motiver le principe, quoiqu'elle ait cassé l'arrêt attaqué pour l'avoir violé.

Il se présente un doute lorsque la caution s'oblige soli-

(1) Cassation, 21 novembre 1855 (Dalloz, 1855, 1, 459). Comparez Pont, t. II, p. 46, n° 81.

dairement. Ne doit-on pas, dans ce cas, appliquer le principe que les codébiteurs solidaires sont considérés comme un seul et même débiteur? On répond que les cautions ne sont pas assimilées en tout à des débiteurs solidaires, alors même qu'elles s'obligent solidairement. Nous reviendrons sur ce point. D'ailleurs il est trop absolu de dire que les codébiteurs sont considérés comme un seul et même débiteur : l'article 1201 établit une différence entre les divers codébiteurs solidaires; ils peuvent être obligés différemment, quoiqu'ils soient tenus à la même chose : on conçoit donc que le débiteur contracte un engagement commercial, tandis que la caution solidaire contracte une dette purement civile. La cour de cassation l'a encore jugé ainsi dans une espèce où la caution était assignée accessoirement et en même temps que le débiteur principal devant le tribunal de commerce : « Le cautionnement, dit la cour, bien que solidaire et donné à l'occasion d'une obligation commerciale émanée d'un commerçant, ne conserve pas moins son caractère d'engagement distinct et purement civil; par suite, les tribunaux de commerce sont incompétents à raison de la matière. Peu importe donc que la caution s'oblige solidairement et peu importe encore que le créancier l'actionne en même temps que le débiteur; celui-ci devra être actionné devant le tribunal de commerce, et la caution doit être traduite devant le tribunal civil (1). »

La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens (2). Un arrêt de la cour de Bruxelles répond spécialement à l'objection tirée de l'unité de dette résultant de la solidarité. Ces motifs suppléent au laconisme de la cour de cassation de France : « La juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce doit être resserrée dans les limites tracées par la loi et ne peut être étendue hors des cas qu'elle prévoit, sous prétexte de l'inconvénient qu'il y aurait pour le créancier de diviser son action contre deux débiteurs solidaires. » On objectait l'article 637 du code

(1) Rejet. chambre civile, 16 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1. 209, 210. 2 arrêts).

(2) Bruxelles, 30 octobre 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 207), et 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 346); Liége, 17 février 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 139); Gand, 20 novembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 36).

de commerce; d'après cette disposition, le tribunal de commerce est compétent quand les lettres de change ou billets à ordre n'ayant pas pour objet des opérations de commerce portent en même temps des signatures de négociants et d'individus non commerçants. La cour de Bruxelles dit très-bien que cet article prouve contre ceux qui l'invoquent; en effet, il consacre une exception, et l'exception confirme la règle; la règle est donc l'incompétence des tribunaux de commerce à l'égard des dettes qui sont civiles en ce qui concerne la caution, et commerciales en ce qui concerne le débiteur. L'incompétence étant d'ordre public l'emporte sur l'inconvénient qui résulte pour le créancier de diviser son action (1). Un autre arrêt de la même cour prouve que la qualité de commerçant qui appartient à la caution n'a rien de commun avec le caractère du cautionnement; la caution était le père de la débitrice, et c'est par affection pour sa fille qu'il l'avait cautionnée; donc l'obligation de la caution restait civile, quoiqu'elle fût souscrite par un commerçant (2).

166. La jurisprudence admet une exception aux principes que nous venons d'exposer quand l'engagement de la caution est commercial. Il en est ainsi, d'abord quand le cautionnement a été donné dans une forme commerciale; en second lieu, quand la caution s'est obligée commercialement, c'est-à-dire quand le cautionnement est un acte de commerce, ce qui suppose que son engagement est intéressé, ensuite qu'elle est partie au contrat auquel elle accède comme garantie. Nous nous bornons à établir le principe, en renvoyant aux arrêts qui le consacrent, la question de savoir quand une convention constitue un acte de commerce n'étant pas de notre domaine (3).

(1) Bruxelles, 28 mai 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 151).
(2) Bruxelles, 3 juin 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 109).
(3) Voyez les arrêts de 1855 et de 1866 cités p. 175, note 1 et p. 176, note 1, et Rejet, 5 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 403). Comparez Bruxelles, 8 mars 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 120); Liége, 14 janvier 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 337).

§ IV. *Interprétation du cautionnement.*

N° 1. LE PRINCIPE.

167. C'est un principe traditionnel que le cautionnement est de stricte interprétation (1). Ce principe est fondé sur la nature même de la convention. Celui qui cautionne le débiteur rend un service gratuit au débiteur et il rend aussi au créancier un service, en ce sens que celui-ci traite en toute sûreté, moyennant la garantie que lui offre la caution, et comme il stipule dans son intérêt, il est par cela même intéressé au cautionnement. La caution seule n'a aucun intérêt à la transaction à laquelle elle accède; elle s'expose à devoir payer sans avoir un recours utile contre le débiteur principal. Quand cette mauvaise chance se réalise, le cautionnement est la plus désavantageuse des conventions. La caution se trouve avoir donné le montant de la dette qu'elle a cautionnée, bien qu'elle n'ait pas eu l'intention de faire don de cette somme au débiteur : elle est donatrice malgré elle. C'est une raison pour interpréter le cautionnement dans un sens restrictif.

168. Pour l'application de ce principe, il faut tenir compte des termes du cautionnement. C'est la remarque de Pothier, et elle a été consacrée par les articles 2015 et 2016. Lorsque, dit Pothier, la caution a exprimé pour quelle somme ou pour quelle cause elle se rend caution, son obligation ne s'étend qu'à la somme ou à la cause qu'elle a exprimée. L'article 2015 formule cette règle en ces termes : « On ne peut pas étendre le cautionnement au delà des *limites* dans lesquelles il a été contracté. » Cela suppose que l'obligation de la caution a été limitée par la convention; ces limites ne peuvent pas être dépassées; et s'il y a doute, le juge doit se prononcer pour le sens restrictif. Lorsque, au contraire, les termes du contrat sont généraux et indéfinis, la caution est censée s'être obligée à toutes les obligations du principal débiteur, ré-

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n°s 133 et 134.

sultant du contrat auquel il a accédé : il est censé, dit Pothier, l'avoir cautionné *in omnem causam*. Cette seconde règle est reproduite par l'article 2016, lequel est ainsi conçu : « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette. » Ces obligations accessoires sont comprises dans l'obligation principale; or, la caution a cautionné cette obligation avec toutes ses conséquences (1).

La seconde règle, concernant le cautionnement indéfini, semble, au premier abord, en contradiction avec le principe de l'interprétation restrictive. Ce serait mal la comprendre que de croire que le cautionnement indéfini ne doive pas être interprété restrictivement. Le cautionnement est de stricte interprétation, qu'il soit limité ou illimité; il n'y a que cette différence entre le cautionnement limité et le cautionnement illimité, que ce dernier est plus étendu, parce que telle est la volonté de la caution, mais cette volonté doit néanmoins être interprétée restrictivement. Il n'y a pas deux cautionnements, il n'y en a qu'un seul, plus ou moins étendu, d'après l'intention manifestée par les termes du contrat, et l'interprétation de ces termes est toujours restrictive.

169. Le principe de l'interprétation restrictive ne doit pas être entendu en ce sens que le juge soit lié par les termes du contrat, sans qu'il lui soit permis de les expliquer par l'intention des parties contractantes. Il y a une règle générale d'interprétation des conventions, formulée par l'article 1156 : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que cette formule est trop absolue; elle suppose que les termes ne sont pas la vraie expression des parties contractantes; dans ce cas, le juge doit interpréter le texte par l'esprit de la convention. Si les termes ne laissaient aucun doute, il n'y aurait pas lieu à interprétation; le sens littéral serait alors l'expression exacte de l'intention des parties, et il ne

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 401.

serait pas permis d'invoquer l'esprit de la convention, toujours douteux, contre un texte formel, qui fait connaître cet esprit avec certitude (t. XVI, n° 502). Ainsi entendue, la règle de l'article 1156 s'applique au cautionnement. Le juge doit interpréter restrictivement les obligations contractées par la caution, en ce qui concerne l'étendue du cautionnement, mais il conserve le droit, qui est en même temps un devoir, d'interpréter la convention ; il a donc le droit et le devoir d'interpréter les termes par l'intention des parties. Nous disons *des parties;* c'est l'expression de l'article 1156. En effet, il n'y a pas de contrat sans concours de volontés. Bien que la caution seule s'oblige, le créancier intervient en stipulant le cautionnement sans lequel il n'aurait pas contracté; il faut donc tenir compte de son intention aussi bien que de l'intention de la caution. Leurs intérêts sont en conflit; le créancier est intéressé à ce que le cautionnement garantisse tous ses droits, tandis que la caution est intéressée à limiter ses obligations. La convention qui intervient entre les deux parties règle ce conflit. Il faut donc considérer quelle est la *commune* intention des parties, comme le dit l'article 1156.

Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique qui consacre ce principe d'interprétation. Une caution accède à une ouverture de crédit : c'est le cautionnement d'une dette future, puisque le crédité ne devient débiteur qu'au fur et à mesure qu'il use du crédit. Dans l'espèce, des avances avaient été faites au crédité, avant la convention qui lui ouvrit un crédit, donc avant le cautionnement; néanmoins il a été jugé que le cautionnement s'étendait à ces avances. N'était-ce pas interpréter le cautionnement d'une manière extensive, en étendant l'obligation de la caution à une dette antérieure à l'ouverture du crédit, alors que la caution ne s'engageait à garantir que les dettes futures? La cour de cassation répond que l'arrêt attaqué a recherché la *commune intention des parties* dans les pièces, faits et circonstances de la cause, qu'à l'aide de ces éléments elle a fixé le sens des termes mêmes de l'acte, et a décidé que le crédit ouvert comprenait les avances déjà faites et reportées de nouveau au débit des crédités dans

leur compte courant. Le pourvoi objectait que c'était étendre le cautionnement au delà des limites où il était renfermé par les termes de l'acte. Cela est vrai, mais la cour d'appel n'avait-elle pas le droit d'interpréter ces termes? La cour de cassation répond qu'en ne s'attachant pas exclusivement au sens littéral des termes, mais en leur assignant la portée qu'ils avaient eue dans l'esprit des contractants, l'arrêt attaqué s'était conformé à la première de toutes les règles d'interprétation consacrée par l'article 1156, règle commune à tous les contrats. La cour de cassation conclut que l'arrêt attaqué a pu, sans violer le principe de l'article 2015, appliquer le cautionnement du crédit ouvert à une avance déjà faite, en donnant à la convention la portée et l'étendue que les parties elles-mêmes avaient entendu donner à leurs expressions (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE. LE CAUTIONNEMENT LIMITÉ.

170. L'article 2016 dit que le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette. Si le cautionnement est limité, il ne comprend pas les accessoires. Quand peut-on dire que le cautionnement est limité? C'est une question de fait que le juge décide d'après les termes de l'acte et d'après l'intention commune des parties (n° 169). Pothier en donne cet exemple : « Si quelqu'un s'est rendu caution pour la *somme principale* que devait le débiteur, il ne sera pas tenu des intérêts que cette somme produit. » En ajoutant au mot *somme* le mot *principale,* les parties ont limité le cautionnement au capital et exclu les intérêts. Faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que le contrat porte nécessairement le mot *principal* ou un terme analogue? Non, il appartient au juge de décider si le cautionnement est limité ou indéfini, et il le décide en tenant compte des termes de l'acte et de l'intention des parties. La caution s'oblige pour une dette de 25,000 florins, sans rien ajouter; sera-t-elle tenue des intérêts? Non, dit la cour de Liége; ce serait étendre le cautionnement au delà des

(1) Cassation, 27 décembre 1849 (*Pasicrisie,* 1850, 1, 53).



termes du contrat; la caution s'est obligée à payer 25,000 florins, dès lors son obligation ne peut dépasser cette somme; ce serait étendre un contrat qui est de droit étroit (1). Un oncle se porte caution des remises qui devaient être faites à son neveu, mais en ajoutant qu'il ne voulait être caution que pour une somme de 67,000 francs *seulement* : le mot *seulement* est restrictif; mais la restriction concerne-t-elle le capital des remises, ou s'applique-t-elle aussi aux intérêts? La cour de Caen s'est prononcée pour l'interprétation la plus restrictive, et avec raison, car l'intention de la caution n'était pas douteuse; elle ne voulait pas être tenue de payer plus que 67,000 francs; le banquier, qui savait que sa garantie était limitée à cette somme, devait fermer sa caisse lorsque les remises faites par lui, jointes aux intérêts, dépassaient cette somme (2).

171. Si le cautionnement limité ne comprend pas les accessoires, à plus forte raison ne peut-on pas l'étendre à une obligation autre que celle qui est prévue par le contrat. On cite comme exemple l'article 1740, qui porte que la caution donnée pour un bail écrit ne s'étend pas à la réconduction tacite. A vrai dire, dans ce cas, il n'y a plus de cautionnement, il est éteint avec le bail, qui cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé. La réconduction est un nouveau bail, pour lequel la caution ne s'est pas obligée; il ne s'agit donc pas d'étendre le cautionnement, il faut dire : le cautionnement est éteint, et il ne peut pas y avoir de cautionnement tacite pour le nouveau bail, puisque le cautionnement doit être exprès (art. 2015).

La jurisprudence a fait de nombreuses applications du principe; nous lui empruntons quelques exemples. Une caution s'engage à garantir le payement des sommes que le créancier *prêtera* ou *fera prêter* à une telle, veuve, jusqu'à concurrence de 25,000 francs. Postérieurement à cette convention, la débitrice signa des billets qui se référaient à des engagements antérieurs au cautionnement. Le créancier assigna la caution en payement de ces billets.

(1) Liége, 22 novembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 24).
(2) Caen, 27 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 5, 57).

La caution objecta les termes de son cautionnement ; on lui répondit que les billets avaient été signés à une date postérieure, et que rien ne constatait qu'ils se référassent à des engagements antérieurs. Cette défense, admise par le premier juge, fut rejetée en appel par le motif qu'il résultait des documents et de la correspondance que les billets souscrits par la veuve n'avaient pas pour cause des sommes nouvellement fournies par le créancier, mais qu'ils avaient été créés pour l'extinction d'engagements antérieurs à l'acte de cautionnement, ce qui excluait le cautionnement, celui-ci n'ayant été fourni que pour les sommes que le créancier *prêterait* ou *ferait* prêter. Pourvoi en cassation : admis par la chambre des requêtes, il fut rejeté par la chambre civile. La cour commence par déterminer les *limites* du cautionnement ; il ne devait s'appliquer, d'après l'acte qui le constituait, qu'aux sommes que le créancier prêterait ou ferait prêter postérieurement à la date dudit cautionnement ; la convention n'était légalement formée que dans ces limites et sous cette condition ; donc l'obligation de la caution était essentiellement limitée. En fait, l'arrêt attaqué constatait que les billets avaient été créés pour l'extinction d'engagements antérieurs. Ici se présentait une difficulté, et c'est probablement ce doute qui aura fait admettre le pourvoi. Les billets portaient *valeur reçue en espèces* ; le pourvoi en inférait qu'il y avait preuve littérale que les valeurs avaient été fournies postérieurement au cautionnement, à la date des billets, et que la preuve contraire par témoins et par présomption était inadmissible, d'après l'article 1341 ; le pourvoi prétendait que l'arrêt attaqué violait ce principe, en admettant des présomptions pour établir que les valeurs n'avaient pas été fournies en espèces. La cour de cassation répond que tout ce que les billets constataient, c'est qu'ils avaient pour cause *une valeur en espèces*, mais ils ne disaient pas que cette valeur eût été fournie depuis le cautionnement ; dès lors les billets ne formaient pas la preuve littérale que le pourvoi prétendait y trouver, et il était libre à la cour d'appel de décider que le créancier ne prouvait pas que les billets avaient pour objet une dette nouvelle, postérieure au cau-

tionnement (1). Ce dernier point ne nous paraît pas exact. C'est, sans doute, au créancier de prouver l'existence de sa créance, mais il la prouvait suffisamment en produisant des billets souscrits après l'acte de cautionnement; sauf à la caution à faire la preuve que ces billets se rapportaient à une dette antérieure.

172. Les obligations contractées par un failli concordataire sont souvent garanties par un cautionnement. Quelle est l'étendue de cette garantie? Nous supposons qu'il s'agit d'un cautionnement limité. La question s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux. Le failli promet 30 pour 100; l'une des créances avait été admise et vérifiée pour une somme de 90,368 francs; un redressement de compte postérieur au cautionnement l'éleva à 95,000 francs. De là procès entre la caution et le créancier, qui prétendait que le cautionnement s'étendait au montant réel de la masse. Il a été jugé que le cautionnement ne portant que sur des créances vérifiées et connues de la caution, on ne pouvait étendre l'obligation de la caution à un redressement de compte qui augmentait la dette (2).

Autre est la question de savoir si la caution est tenue des dettes non vérifiées ni affirmées. La décision dépend avant tout des engagements pris par la caution, c'est-à-dire du point de savoir si ces engagements sont limités ou illimités. Nous supposons que la caution ne s'est obligée que pour les créances connues d'elle, donc vérifiées et affirmées; si ce point de fait est établi, la conséquence est évidente : la caution ne sera pas tenue des dettes qu'elle ignorait et qu'elle n'a pas entendu garantir. Un créancier, dont la créance vérifiée et affirmée s'élevait à 17,200 francs, réclame contre la caution le payement de tout ce qui lui est dû d'après le bilan. Il a été jugé que le créancier n'avait d'action contre la caution que jusqu'à concurrence de 17,200 francs. La cour de Rouen dit très-bien qu'il ne faut pas confondre les obligations du failli avec celles de la

(1) Rejet, chambre civile, 14 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 1, 336). Comparez Angers, 27 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86).
(2) Bordeaux, 9 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 93, 1°).

caution; les premières sont illimitées, en ce sens que le concordat est obligatoire pour tous les créanciers et pour le montant de toutes leurs créances, vérifiées ou non. Mais la caution ne contracte qu'avec les créanciers qui ont vérifié et affirmé leurs créances, par conséquent dans la limite des créances vérifiées et affirmées. Déclarer la caution obligée pour des créances non vérifiées ni affirmées, ce serait étendre son cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté (1).

Il y a des arrêts en sens contraire, sans que l'on puisse dire qu'il y ait contradiction. Tout dépend des termes du cautionnement. La caution, en s'engageant solidairement avec le failli au payement du dividende, dit qu'elle sera obligée comme si elle était débiteur principal. Ce n'est pas là un cautionnement limité, il faut dire au contraire qu'il est illimité, puisque la caution se met sur la même ligne que le débiteur principal, lequel est essentiellement un débiteur illimité. Il a été jugé, en conséquence, que la caution qui avait contracté cet engagement était obligée envers tous les créanciers, même ceux qui n'avaient pas signé le concordat, l'homologation du concordat le rendant obligatoire pour tous les créanciers (2).

173. L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation; nous mentionnons la décision parce que, à notre avis, elle laisse quelque doute. Des banquiers ouvrent un compte courant à un négociant, sous la garantie d'un cautionnement limité à 10,000 francs, plus les valeurs que le crédité remettrait aux créditeurs. Dans le cours des négociations qui suivirent ce traité, divers billets faux furent adressés par le commis du négociant aux banquiers, avec demande d'espèces correspondant aux valeurs envoyées; en échange de ces traites, les banquiers transmirent, par lettres chargées, la somme de 15,800 francs, qui fut frauduleusement détournée par le commis jusqu'à concurrence de 7,885 francs. Action contre la caution. Celle-ci répondait-elle de la somme dé-

(1) Rouen, 2 juin 1815 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 93, 2°)
(2) Paris, 30 juin 1853 (Dalloz, 1854, 5, 98).

tournée? L'affirmative a été jugée par la cour de Limoges et, sur pourvoi, par la cour de cassation. En fait, la cour constate que les valeurs ont été adressées au crédité, en réponse à une lettre de celui-ci, portant l'estampille de la maison, comme toutes celles que les banquiers recevaient depuis l'ouverture du crédit. Dans cette situation, dit la cour, on doit reconnaître que l'envoi d'espèces fait au crédité rentrait dans les opérations prévues par la convention des parties, et pour lesquelles la caution s'était obligée. Ici se présente un motif de douter : la caution ne pouvait-elle pas dire qu'elle s'était engagée pour les transactions réelles intervenues entre les parties? Or, dans l'espèce, ce n'est pas le crédité qui avait demandé les espèces; donc on était en dehors des termes du cautionnement. La cour de cassation dit que le détournement opéré par le commis ne pouvait porter atteinte à la convention; ce détournement n'empêchait pas les banquiers d'avoir une action contre le crédité, responsable des faits de son mandataire. Ce motif témoigne, nous semble-t-il, contre la décision de la cour. Le crédité était-il tenu comme ayant envoyé des billets et reçu les espèces? Non, car il n'avait pas envoyé de billet et les espèces avaient été détournées. S'il était tenu, c'était en vertu de l'article 1384, par suite d'un quasi-délit, d'une présomption légale d'imprudence. Or, la caution avait-elle garanti un quasi-délit? son engagement pouvait-il s'étendre jusqu'aux quasi-délits commis par le débiteur? Cela nous paraît très-douteux. Vainement la cour ajoute-t-elle que les fonds envoyés par les banquiers constituaient une opération de compte courant. Au point de vue des banquiers, oui, mais non à l'égard de la caution. Il n'était intervenu aucun concours de consentement à l'égard de cette négociation; la caution ne s'était obligée que pour les valeurs que le crédité enverrait aux banquiers, et de fait il n'avait rien envoyé; donc on était hors des termes du cautionnement (1).

(1) Rejet, 18 février 1861 (Dalloz, 1861, 1, 245). Comparez Pont, t. II, p. 58, n° 106, qui approuve la décision de la cour.

N° 3. DU CAUTIONNEMENT ILLIMITÉ.

174. Le cautionnement indéfini, quoique plus étendu que le cautionnement limité, reste soumis au principe de l'interprétation restrictive qui domine dans cette matière. C'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante. Une personne s'engage, par un cautionnement illimité envers un tuteur, à raison des prêts qu'il ferait au débiteur avec les fonds de ses pupilles. La convention ainsi constatée ouvrait un crédit au débiteur, sous la garantie de la caution, auprès du tuteur, sur les sommes appartenant aux mineurs et confiées à son administration. Tout en qualifiant ce cautionnement d'illimité, la cour décida, en droit, qu'il fallait appliquer le principe de l'article 2015 : le cautionnement ne peut jamais s'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été donné, le cautionnement ayant pour limites les termes de la convention telle qu'elle était reproduite dans l'arrêt attaqué. Quelles étaient ces limites? Le cautionnement était consenti à l'égard d'un tuteur, pour le placement de deniers pupillaires, pour le temps pendant lequel le tuteur pouvait continuer, en cette qualité, le crédit envers un débiteur cautionné. Or, voici ce qui s'était passé. Les mineurs, devenus majeurs, continuèrent à faire au débiteur cautionné des prêts qui élevèrent leur créance à 11,790 francs. Le débiteur étant tombé en faillite, les créanciers actionnèrent la caution. Celle-ci soutint qu'elle n'était point tenue des prêts consentis par les mineurs après leur majorité. La cour de Montpellier rejeta cette défense, par le motif qu'il résultait de la correspondance et des circonstances de la cause que la caution s'était obligée envers le tuteur, à raison des prêts qui seraient faits avec les deniers des mineurs; or, c'était bien avec les deniers des pupilles devenus majeurs que les prêts avaient été réalisés; donc le cautionnement avait survécu à leur majorité. C'était très-mal raisonner. Le crédit était ouvert par un tuteur, pour le placement des deniers pupillaires que le tuteur est tenu de faire en vertu de la loi (art. 455 et 456). Il suit de là que le cautionnement,

limité, par sa nature même, à la durée de la tutelle, cessait de plein droit du jour où le tuteur, affranchi des devoirs de la tutelle par la majorité de ses pupilles, n'avait plus le devoir ni le droit de faire l'emploi de leurs deniers. Les mineurs, devenus majeurs, pouvaient sans doute continuer les avances que leur tuteur avait faites. Ces prêts étaient de nouveaux contrats consentis, non pas au nom des mineurs, mais par des propriétaires. Cela est décisif. La caution s'était obligée pour une convention qui cessait avec la tutelle; pour une nouvelle convention, il eût fallu un nouveau consentement. Etendre le cautionnement aux prêts consentis après la majorité, c'était plus qu'étendre un cautionnement, c'était créer un cautionnement sans le consentement de la caution. La cour de cassation se borna à décider, d'après les termes du pourvoi que le cautionnement, à défaut d'une stipulation explicite, n'avait pu se perpétuer au delà de l'administration du tuteur, et s'étendre aux actes personnels des mineurs devenus majeurs (1).

175. Quoique le cautionnement indéfini s'interprète restrictivement comme le cautionnement limité, la différence est grande quant à l'étendue des obligations qui en découlent. En principe, la caution est tenue de toutes les obligations résultant du contrat auquel elle a accédé. Ce sont les termes de Pothier (2). Il donne comme exemple le cautionnement d'un bail. Si la caution s'est obligée envers le bailleur pour le *payement des fermages*, elle ne sera pas tenue des autres obligations du bail, telles que les dommages-intérêts pour dégradations faites par le fermier. Si, au contraire, la caution a déclaré cautionner *le bail*, elle sera tenue non-seulement du payement des fermages, mais généralement de toutes les obligations du bail; donc des dégradations, du remboursement des avances faites en vertu du contrat de bail, des dommages-intérêts auxquels le bailleur aurait droit pour inexécution des engagements du fermier.

176. Le cautionnement du bail soulève une difficulté particulière. Aux termes de l'article 1733, le preneur ré-

(1) Cassation, 31 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 196).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 404. Comparez Duranton, t. XVIII, p. 327, n° 321.

pond de l'incendie. On demande si le cautionnement s'applique à cette obligation. La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, mais il importe de constater la portée de ces décisions; elles ne jugent pas en droit, mais en fait.

Il y a d'abord un arrêt de la cour de Douai assez mal motivé. Le preneur d'un moulin à vent s'était obligé à le rendre conformément à la prisée qui en serait faite lors de son entrée en jouissance, sauf aux parties à tenir compte de la moins-value ou de la plus-value. Dans l'acte de bail intervint la mère du preneur, qui s'obligea, comme caution solidaire, tant au payement du loyer qu'à l'entière exécution des clauses et conditions apposées audit acte. Pour sûreté de cette garantie, la mère hypothéqua une pièce de terre de 39 à 40 ares. Le moulin ayant été détruit par un incendie, le bailleur assigna la caution en payement d'une somme de 9,000 francs. Il a été jugé que le cautionnement étant de droit étroit ne s'appliquait qu'aux cas prévus; dans l'espèce, dit l'arrêt, il était expressément restreint aux clauses et conditions du bail, au payement des loyers, à l'obligation d'entretenir le moulin et de le rendre conformément à la prisée. Rien ne prouve, continue la cour, que l'intention des parties ait été de l'étendre au cas de l'article 1733; loin de là, le peu d'importance de l'hypothèque consentie révélait qu'elles n'avaient eu en vue que les cas spécifiés au contrat, et que leur attention ne s'était pas portée sur la responsabilité résultant de l'incendie. On pourrait contester toutes ces considérations de fait, mais cela serait inutile. Une chose est certaine, c'est que la cour s'est décidée d'après l'intention des parties contractantes; c'est donc un arrêt d'espèce.

177. La même question s'est présentée devant la cour de cassation; l'arrêt attaqué et l'arrêt de rejet sont également remarquables. Bail de divers bâtiments assurés. Caution solidaire. L'acte contenait une énumération détaillée des obligations imposées au locataire, sans mentionner la responsabilité du chef d'incendie. Une partie des bâtiments ayant été détruite, la compagnie, obligée de payer, actionna le preneur et la caution, comme subrogée aux droits du propriétaire. La cour de Grenoble condamna le locataire et

déchargea la caution. Elle pose le principe, comme nous l'avons fait (n° 174). « Si, dit-elle, l'article 2016 étend le cautionnement indéfini d'une obligation principale à tousles accessoires de la dette, l'article 2015 dispose préalablement que le cautionnement ne peut être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. » C'est dire que le cautionnement, quoique indéfini, doit être interprété restrictivement. Il y a donc deux principes en conflit. D'une part, le cautionnement, stipulé en termes généraux, s'applique à toutes les obligations qui dérivent de la nature du contrat ou que la loi y rattache. D'autre part, si la convention à laquelle la caution accède spécifie explicitement les diverses obligations que le débiteur principal contracte, il faut admettre que c'est à ces obligations ainsi déterminées que le cautionnement s'applique et se restreint, si d'ailleurs les obligations énumérées ne font que reproduire celles que la loi déduit du contrat; on doit supposer que c'est surtout en vue de limiter le cautionnement que les parties ont énuméré des obligations qui existent de plein droit, et, par suite, que la caution n'a entendu accéder qu'aux obligations ainsi énumérées dans l'acte par lequel elle s'oblige.

Voilà une décision de principe. Nous n'oserions pas nous y associer. Elle ne tient aucun compte de la malheureuse habitude qu'ont les notaires d'inscrire dans leurs actes des clauses qui sont de droit, alors même qu'il n'y a pas de cautionnement; et ils suivent la même routine lorsqu'il y a une caution. On ne peut donc pas conclure, en principe, que l'énumération est restrictive lorsqu'une caution intervient dans l'acte, à moins que cela ne résulte des termes du contrat et des circonstances de la cause. La conséquence que la cour tire de son principe est très-importante. S'il y a une obligation non prévue par le contrat, bien qu'établie par la loi, le débiteur en sera, à la vérité, tenu, mais la caution n'y sera pas soumise, parce qu'elle n'adhère qu'aux obligations mentionnées dans l'acte auquel elle accède.

Ces considérations étaient décisives dans l'espèce, une fois le principe admis. L'acte de bail précisait, avec des détails minutieux et un soin tout particulier, les obligations

contractées par le preneur; la caution s'engageait à garantir les obligations ainsi déterminées par le bail; or, parmi les obligations énumérées dans le contrat ne se trouvait point la responsabilité que la loi impose au preneur. Donc l'attention des parties ne s'était pas portée sur cette obligation, qui n'existe que dans de rares circonstances; ce qui s'expliquait dans l'espèce, puisque les bâtiments étaient assurés; le bailleur n'avait donc aucun risque à courir, et, par suite, il n'était pas intéressé à stipuler une garantie contre le risque de l'incendie.

Le pourvoi en cassation a été rejeté par un arrêt motivé avec beaucoup de soin. La chambre des requêtes laisse de côté ce que la cour de Grenoble avait décidé en principe. C'est une chose remarquable : la cour de cassation n'a donc pas entendu s'approprier la doctrine trop absolue, à notre avis, de la cour d'appel. Elle dit que l'arrêt attaqué déclare, *en fait*, que le bail n'applique les engagements de la caution qu'aux obligations expressément indiquées dans la convention; ce qui excluait la responsabilité de l'article 1733. Pour le décider ainsi, dit la cour, l'arrêt attaqué se fonde sur ce que la convention précisait les obligations du preneur sans y comprendre celle de l'article 1733 et sur ce que le propriétaire, déjà garanti par une police d'assurance, n'avait aucun intérêt à exiger une sûreté nouvelle de ce chef. Quel est donc le sens de l'arrêt? A-t-il décidé, comme le prétendait le pourvoi, que la caution solidaire du fermier ne répond point de l'incendie, quoique son engagement soit indéfini? Non; ainsi formulée, la décision eût été en opposition avec l'article 2016, et elle eût été cassée. La cour de Grenoble a jugé seulement, *par interprétation du contrat*, que, *dans l'espèce*, l'engagement de la caution n'avait pour objet que les obligations énumérées dans le bail, parmi lesquelles ne figurait point la responsabilité de l'article 1733. En jugeant ainsi, dit la cour de cassation, l'arrêt attaqué a fait une juste application de l'article 2015 (1).

178. « Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette » (art. 2016). Po-

(1) Rejet, 3 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1. 230).

thier applique ce principe aux intérêts. La caution est tenue non-seulement des intérêts conventionnels, mais aussi des intérêts moratoires; ces intérêts sont dus à raison de la demeure; ils résultent donc du contrat auquel la caution a accédé, et, par suite, la caution en est tenue (1). La jurisprudence est en ce sens (2), et l'on ne concevrait pas même que la question eût été portée devant les tribunaux, s'il n'y avait toujours une question de fait à décider, c'est-à-dire le point de savoir si le cautionnement est indéfini ou s'il est limité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 168).

179. L'article 2016 ajoute : « Le cautionnement indéfini s'étend même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. » Il faut donc distinguer : les frais de la première demande faite contre le débiteur principal sont toujours à la charge de la caution; ce sont des frais nécessaires et inévitables dès que le débiteur principal ne paye pas. Quant aux frais postérieurs, la caution n'en est tenue que si la demande lui a été dénoncée; la loi suppose que si la demande est dénoncée à la caution, celle-ci se hâtera de payer, afin d'éviter des frais inutiles; mais si la demande ne lui a pas été dénoncée, elle ne peut la connaître; et, dans ce cas, il est injuste de lui faire supporter des frais qu'elle a été dans l'impossibilité de prévenir (3). Le créancier qui veut avoir un recours contre la caution, du chef des frais qu'il fait contre le débiteur, doit donc avoir soin de dénoncer la demande à la caution.

L'article 2016 suppose que le créancier est demandeur: que faut-il décider si le débiteur a intenté une action contre lui et s'il succombe? La difficulté est de savoir si, dans ce cas, il faut une dénonciation pour que la caution soit tenue des frais auxquels le débiteur a été condamné. Il nous semble que le texte décide la question. En principe, la caution est tenue des frais, puisque le créancier a le droit de

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 404.
(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 59, note 2. Il faut ajouter Poitiers, 16 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 108).
(3) Observations du Tribunat, n° 3 (Locré, t. VII, p. 412).

poursuivre le débiteur principal, et que cette poursuite est une conséquence de l'inexécution de l'obligation; or, la caution répond de l'obligation et de son inexécution. La loi apporte une restriction à ce principe quant aux frais postérieurs à la demande, mais cette disposition ne reçoit point d'application au cas où une instance est formée contre le créancier. Il faut donc appliquer le principe général d'après lequel la caution est tenue de toutes les obligations du principal débiteur résultant du contrat auquel elle a accédé. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Bordeaux (1). Dans l'espèce, un bail avait été cautionné; le cautionnement était indéfini; il était dit notamment que la caution s'obligeait pour le payement des dommages-intérêts que le fermier pourrait être tenu de payer par suite du bail. Le fermier intenta un procès contre le bailleur, sous le prétexte que celui-ci ne remplissait pas ses obligations; le premier juge constate que cette demande injuste n'avait d'autre but que d'éluder le payement des fermages. En appel, la caution opposa que le bailleur ne lui avait pas dénoncé le procès; la cour répond, en fait, que la caution n'ignorait pas les contestations qui existaient entre les parties et, en droit, que l'article 2016 n'était pas applicable à l'espèce.

§ V. *De l'obligation de fournir caution.*

N° 1. QUAND Y A-T-IL OBLIGATION DE FOURNIR CAUTION?

180. Le débiteur peut être tenu de fournir caution en vertu de la convention, en vertu de la loi ou d'un jugement. De là la division du cautionnement en conventionnel, légal ou judiciaire. Cette division n'est pas de pure théorie. Le titre du *Cautionnement* contient un chapitre spécial sur la caution légale et la caution judiciaire (art. 2040-2043); ces cautions sont régies, à certains égards, par des règles spéciales; il importe donc de savoir si une caution est légale, judiciaire ou conventionnelle.

181. Il n'y a aucune difficulté quant à la caution légale:

(1) Bordeaux, 19 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 59).

il faut un texte formel pour que la caution soit tenue en vertu de la loi, et les dispositions qui prescrivent l'obligation de fournir caution sont de stricte interprétation; c'est l'application d'un principe général : il ne peut y avoir d'obligation légale sans loi, et l'interprète ne peut pas étendre les obligations légales, pas même par des raisons d'analogie, parce que étendre une obligation que le législateur seul a le droit d'imposer, ce serait faire la loi. Il importe donc de connaître les cas dans lesquels le cautionnement est légal; ils sont peu nombreux.

En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce payement (art. 16). C'est la caution connue sous le nom de *judicatum solvi*.

Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent doivent donner caution pour la sûreté de leur administration (art. 120). La loi n'impose pas cette obligation à tout administrateur des biens d'autrui. Ainsi le père, administrateur des biens de ses enfants, n'est tenu d'aucune garantie, ni caution ni hypothèque; les tuteurs et les maris, administrateurs légaux, sont frappés de l'hypothèque légale, mais ils ne doivent pas donner caution.

« L'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille » (art. 601). Cette obligation n'incombe pas à tout usufruitier. Le mari a la jouissance de tous les biens de la femme sous le régime de communauté légale, mais sans être assujetti à un cautionnement; ce qui se conçoit, puisque l'usufruit appartient à la communauté, donc aux deux époux. Sous le régime dotal, le mari a l'usufruit exclusif des biens dotaux; néanmoins l'article 1550 déclare que le mari n'est pas tenu de fournir caution pour la réception de la dot s'il n'y a pas été assujetti par le contrat de mariage; la caution sera donc conventionnelle. Il n'y a qu'un cas dans lequel le mari doive donner caution en matière de conventions matrimoniales, c'est quand un préciput a été stipulé pour la femme, et que celle-ci obtient le divorce ou

la séparation de corps; le préciput, dit l'article 1518, reste alors provisoirement au mari, à la charge de donner caution; ce qu'il faut entendre de la moitié du préciput, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat de mariage*.

L'obligation de fournir caution est aussi imposée à l'usager et à celui qui a un droit réel d'habitation (art. 626).

Les enfants naturels, appelés à la succession à défaut de parents, et l'époux survivant, successeur irrégulier, doivent donner caution pour la restitution du mobilier au cas où il se présenterait des héritiers du défunt dans l'intervalle de trois ans (art. 771 et 773).

L'héritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers l'exigent, de donner caution de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires (art. 807).

Le vendeur n'est pas obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme (art. 1613).

Si l'acheteur est troublé, ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire ou en revendication, il peut suspendre le payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution (art. 1653).

Quand l'acquéreur fait aux créanciers inscrits les notifications prescrites pour la purge, les créanciers ont le droit de surenchérir, à charge, entre autres conditions, d'offrir de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges (art. 2185).

Il y a encore des cas où le code de procédure et le code de commerce prescrivent l'obligation de donner caution; nous renvoyons aux textes (code de proc., art. 135 et 155; code de com., art. 114, suiv., 120, 151, 231, 346, 384 et 444) (1).

182. Le cautionnement est judiciaire lorsque le juge ordonne à l'une des parties de fournir caution pour garan-

(1) Pont, t. II, p. 213, n° 431.

tir les droits éventuels de l'autre partie. C'est ce qui arrive quand il accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire du jugement à charge de donner caution (code de proc., art. 135 et 155). Il en est de même des jugements rendus par les tribunaux de commerce (art. 439).

L'article 135 a été remplacé en Belgique par la loi du 25 mars 1841, qui porte : « L'exécution provisoire sans caution sera ordonnée, même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y ait pas d'appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution. »

Les tribunaux peuvent-ils condamner le débiteur à fournir caution? Nous posons la question sans la résoudre, puisqu'elle n'est pas de notre sujet. La cour de Liége a confirmé un jugement du tribunal de Tongres qui, en déclarant le défendeur débiteur d'une somme de 7,000 francs, l'avait condamné à fournir caution et, à défaut de ce faire, au payement de ladite somme. Le frère de la défenderesse se porta caution pour elle, mais à la condition qu'il ne pourrait être tenu d'acquitter la dette que six mois après le décès de leur père commun. Etait-ce là une caution judiciaire? La négative a été jugée et avec raison. En effet, le frère s'était offert spontanément, et il avait stipulé ses conditions; il était donc intervenu une convention, et, par suite, la caution était conventionnelle (1).

183. La caution est-elle judiciaire quand le juge l'ordonne en vertu de la loi ou de la convention? Non; il n'y a caution judiciaire que lorsque le juge l'ordonne de sa propre autorité. Quand il décide une contestation sur le point de savoir si la partie en cause est obligée de fournir caution, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention, ce n'est pas le juge qui ordonne le cautionnement, il décide seulement que la partie y est tenue, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat; la caution sera donc légale ou conventionnelle.

Le code de procédure prescrit les formes dans lesquelles

(1) Liége, 22 avril 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 181).

les cautions judiciaires doivent être reçues. Il ne suffit pas, pour qu'une caution soit judiciaire, qu'elle soit reçue dans ces formes ; si la caution est ordonnée par la loi, elle est légale, quand même la loi disposerait qu'elle doit être reçue en justice (art. 2185, et code de proc., art. 832 et 518). De même les parties qui stipulent une caution peuvent convenir que la caution sera reçue dans les formes judiciaires ; cela n'empêche pas la caution d'être conventionnelle (1).

184. Quand la caution est-elle conventionnelle? La question semble impliquer la réponse ; toutefois elle demande un mot d'explication. Les articles 2018 et 2019 déterminent les qualités que doit réunir la caution quand le débiteur est obligé d'en fournir une. Ces dispositions s'appliquent elles à la caution conventionnelle? Non et oui. Non, si la convention porte que telle personne est caution du débiteur, et que cette personne s'oblige à ce titre. D'ordinaire la caution intervient dans l'acte même auquel elle accède. Dans ce cas, il n'y a pas lieu d'appliquer les articles 2018 et 2019; le créancier accepte la caution que le débiteur présente, et ce concours de consentement forme le contrat; le créancier ne peut plus prétendre que la caution n'a pas les qualités que la loi exige : c'était à lui de ne pas l'accepter si elle n'avait pas les qualités légales ; mais, une fois qu'il l'a acceptée, tout est consommé. Les articles 2018 et 2019 ne reçoivent leur application que lorsque la convention porte que le débiteur fournira caution; dans ce cas, le débiteur doit présenter une caution réunissant les conditions légales, sinon le créancier pourra la refuser (2).

N° 2. DES QUALITÉS QUE LES CAUTIONS DOIVENT AVOIR.

I. *Conditions générales.*

185. L'article 2018 porte que le débiteur *obligé à fournir une caution* doit en présenter une qui ait les qualités qu'il énumère. A quelles cautions cette disposition s'ap-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 678, notes 3 et 4, § 425. Pont, t. II, p. 213, n° 434.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 329, n° 324, et tous les auteurs.

plique-t-elle? Elle est conçue dans les termes les plus généraux; elle est, par conséquent, applicable à tous les cas où il y a obligation de fournir une caution, donc au cautionnement légal, judiciaire et conventionnel. L'article 2040 le dit des cautions légales et judiciaires : « Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. » Reste la caution conventionnelle, qui est soumise aux mêmes conditions; cela résulte implicitement de l'article 2040 (n° 184). Il y a donc un droit commun qui régit toutes les cautions en ce qui concerne les qualités qu'elles doivent avoir; ce qui est très-logique. Bien qu'il y ait diverses espèces de cautions, il n'y a qu'un seul cautionnement, en ce sens que tout cautionnement a pour objet de garantir le créancier; donc toutes les cautions doivent remplir les conditions que la loi prescrit, afin que le créancier trouve dans le cautionnement la garantie qu'il y cherche. Il y a, outre ces conditions générales, quelques dispositions particulières aux cautions légales et judiciaires; nous les exposerons plus loin.

186. La première condition requise par l'article 2018 est que la caution ait la capacité de contracter; il était inutile d'indiquer cette condition, puisqu'elle est commune à tous les contrats, donc au cautionnement. Telle que la loi la formule, la condition est même inexacte, car il ne suffit pas de la capacité de contracter pour être capable de cautionner, il faut être capable de disposer (n° 160).

187. L'article 2018 exige, en second lieu, que « la caution ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation. » Qu'entend-on par *répondre?* La loi n'exige pas que la caution fournisse une hypothèque, elle se contente de la garantie qu'offre le principe de l'article 2092 : tout débiteur qui engage sa personne engage ses biens. Cette garantie est considérée, en général, comme suffisante, quoiqu'elle n'offre pas une entière sûreté, le gage que la loi donne au créancier s'évanouissant par l'aliénation qu'il fait de ses biens, à moins qu'il ne la fasse en fraude de ses créanciers. Si la caution est conventionnelle, le créancier

est libre de stipuler une garantie réelle; mais la caution judiciaire ou légale ne pourrait pas être assujettie à fournir hypothèque.

188. La caution doit avoir un *bien suffisant*. De quels biens s'agit-il? L'article 2019 répond que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. Il y a donc une règle et il y a deux exceptions. La règle est que par *bien* suffisant la loi entend la *propriété foncière*. Cela exclut d'abord toute espèce de meubles, corporels ou incorporels. C'est une disposition traditionnelle. Pour juger de la solvabilité d'une caution, dit Pothier, et si les biens sont suffisants pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ses biens meubles, attendu que ces biens s'aliènent facilement et qu'ils n'ont pas de suite par hypothèque (1). Ces raisons ne sont pas bien décisives. Les immeubles aussi s'aliènent avec facilité, et échappent par là au gage du créancier; on peut les hypothéquer, il est vrai, mais le créancier n'a pas le droit d'exiger une hypothèque quand la caution est légale ou judiciaire; et, s'il se contente d'une garantie personnelle, pourquoi les biens mobiliers ne suffiraient-ils point pour établir la solvabilité de la caution? Le vrai motif de la loi tient au peu d'importance que l'on attachait, dans l'ancien droit, à la richesse mobilière. Les choses sont bien changées; dans un nouvel état social, le législateur aurait dû laisser là la tradition; il est absurde qu'un fermier possédant un hectare de terre puisse être caution, tandis que le plus riche banquier et le commerçant millionnaire ne pourraient l'être, s'ils ne possèdent pas d'immeubles. D'après la législation française, les actions de la Banque de France et les rentes sur l'Etat peuvent être immobilisées; néanmoins elles ne formeraient pas un bien suffisant dans le sens de l'article 2018, puisque ce ne sont pas des propriétés foncières (2).

189. La loi se relâche de sa sévérité pour les dettes ci-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 390. Treilhard, Exposé des motifs, n° 8 (Locré, t. VII, p. 419). Pont, t. II, p. 67, n° 123.
(2) Troplong, *Du cautionnement*, n° 204.



viles quand elles sont modiques. Qu'est-ce qu'une dette modique? et en quoi consistera la garantie en ce cas? La loi ne définit pas ce que l'on entend par dette modique, et il faut avouer que cela était impossible, puisque l'importance d'une dette est une chose tout à fait relative; il fallait donc laisser au juge un pouvoir discrétionnaire. La loi ne dit pas non plus comment on estimera la solvabilité de la caution; tout ce qui résulte de l'article 2019, c'est que l'on a égard à la fortune mobilière. Pothier dit qu'on admettra pour caution des *marchands* qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne consiste qu'en biens meubles. Pourquoi pas des personnes non marchandes? Il est évident que la qualité de marchand ne saurait être une condition, il n'y a pas de condition légale; de sorte que la question de solvabilité est abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

L'article 2018 ajoute qu'il y a encore exception en *matière de commerce*. Cette expression est très-vague. La loi entend-elle par là que la dette soit commerciale? ou suffit-il que la caution soit commerçante? La première interprétation est la plus conforme au texte; on ne peut pas dire que la *matière* soit *commerciale* quand la dette est civile; d'ailleurs la loi met les matières commerciales sur la même ligne que les dettes modiques; il s'agit donc de la nature des *dettes;* peu importe que la caution soit commerçante ou non. Cette interprétation, conforme à la lettre de la loi, conduit à une conséquence qui répugne à la raison. Il s'agit d'apprécier la solvabilité de la caution; or, la nature de la dette est indifférente quand il s'agit d'apprécier si une caution présente ou non des garanties suffisantes. C'est la position sociale de la caution qui devrait décider; on conçoit qu'un riche négociant soit admis comme caution, quoiqu'il ne possède pas d'immeubles, alors même que la dette serait civile; tandis qu'on ne comprend pas qu'un non-commerçant soit admis comme caution d'une dette commerciale, alors qu'il n'a pas de fortune immobilière. Mais le texte doit l'emporter sur ces considérations, car il ne laisse guère de doute (1).

(1) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 66, n[os] 120 et 121, et les auteurs qu'il cite.



190. Telle est la règle avec les modifications que la loi y apporte. L'application de la règle présente des difficultés que l'article 2019 prévoit. Il décide d'abord que l'on n'a pas égard aux immeubles litigieux. Qu'entend-on par là? La loi ne définit pas les immeubles litigieux; il faut donc admettre qu'il appartient au juge d'apprécier si la propriété de l'immeuble que la caution présente est litigieuse, c'est-à-dire s'il y a doute sur le point de savoir si cet immeuble appartient à la caution. Le doute existera s'il y a procès sur la propriété; mais la loi n'exige pas qu'il y ait procès, comme elle le fait dans l'article 1700; la définition que donne cet article ne peut pas être appliquée à l'article 2019, puisqu'il n'y a aucun rapport entre la cession de droits litigieux dont parle l'article 1700 et les garanties que doit présenter la caution. Un droit peut être litigieux sans qu'il soit l'objet d'un procès; c'est ce que suppose l'article 1597. Le juge n'étant lié par aucune définition jouit par là même d'un pouvoir d'appréciation (1). Nous retrouvons ce pouvoir à chaque pas dans cette matière; ce qui est assez naturel, puisqu'il s'agit de savoir si une caution est solvable, et la solvabilité est une question de fait plutôt que de droit; seulement la loi n'a pas voulu accorder au juge un pouvoir tout à fait discrétionnaire, parce que cet arbitraire répugne à notre droit public; elle a donc déterminé les bases d'après lesquelles le juge estimera la solvabilité, mais le pouvoir d'appréciation du juge reparaît dans l'appréciation de ces bases.

191. L'immeuble, quoique n'étant pas litigieux, peut ne pas offrir de garantie au créancier; tel est le cas où il serait grevé d'hypothèques qui absorbent sa valeur. Il est certain que le juge n'admettra point une pareille garantie, parce qu'elle est illusoire. Quand la loi parle de *bien suffisant* et de propriétés foncières (art. 2018 et 2019), elle entend un bien qui soit la propriété de la caution; or, un immeuble hypothéqué pour toute sa valeur appartient aux créanciers inscrits plutôt qu'au débiteur. Si les hypothèques n'absorbent pas la valeur de l'immeuble, on déduira le mon-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 678, note 7, § 425.

tant des créances hypothécaires pour évaluer la sûreté qu'il offre au créancier. Il en serait de même des droits réels qui grèvent l'immeuble, tels que servitudes réelles ou personnelles, droits d'emphytéose ou de superficie (1).

192. L'article 2019 ajoute que l'on n'a pas égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Voilà encore une condition dont l'appréciation est abandonnée au juge. Il ne s'agit pas d'une difficulté de droit, car la discussion des biens situés en France se fait partout d'après les mêmes règles; et on ne peut pas dire que la loi a entendu parler des biens situés à l'étranger, puisque la loi ne limite pas sa disposition à ces biens. L'article 2019 a donc entendu parler de difficultés de fait, de voyages à faire, de relations avec les avocats ou officiers ministériels. C'est peut-être pousser trop loin les exigences (2). Aujourd'hui surtout il n'y a plus de distances, depuis les merveilleuses inventions de la vapeur et de l'électricité.

L'orateur du gouvernement a voulu limiter cette condition, qui est réellement trop vague. « Nous avons établi pour règle, dit-il, que la caution devait présenter des biens dans le ressort du tribunal d'appel où elle doit être donnée (3). » L'erreur de Treilhard est évidente, il a appliqué à la situation des immeubles ce que l'article 2018 dit du domicile de la caution. Si nous relevons cette méprise, ce n'est pas par envie de critiquer; il n'y a pas un auteur, quelque exact qu'il soit, dans lequel on ne pourrait signaler de ces inexactitudes : *errare humanum est*. Mais il est bon de prouver que l'on ne doit pas avoir une confiance trop grande dans les travaux préparatoires, dont les auteurs modernes abusent trop souvent pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Si les interprètes, au lieu de chercher le sens de la loi dans la tradition ou dans les travaux préparatoires, avaient plus de respect pour les textes, le nombre des controverses diminuerait singulièrement.

193. L'article 2018 exige encore une autre condition

(1) Duranton, t. XVIII, p. 334, n° 327, et tous les auteurs.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 335, et tous les auteurs.
(3) Treilhard, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. VII, p. 417).

pour qu'une personne puisse être présentée comme caution : « Il faut que son domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée. » La facilité de poursuivre, dit l'Exposé des motifs, fait partie de la solvabilité. Ici la loi a précisé; elle a voulu concilier l'intérêt du débiteur obligé de fournir une caution et celui du créancier. Le premier est intéressé à trouver une caution remplissant toutes les conditions de la loi; il fallait donc lui laisser une certaine latitude en ce qui concerne le domicile. Quant au créancier, la loi a eu égard à son intérêt dans toutes les conditions qu'elle prescrit; elle le sauvegarde encore en obligeant le débiteur de présenter une caution domiciliée dans le ressort de la cour à laquelle aboutissent toutes les contestations qui peuvent s'élever en cette matière.

Mais la loi a oublié de décider quel est le domicile où la caution doit être donnée : est-ce celui du créancier ou du débiteur? est-ce le lieu où la dette a été contractée? Il y a controverse. Comme c'est surtout dans l'intérêt du créancier que la loi prescrit les conditions de l'article 2018, il nous semble qu'en cas de doute il faut se prononcer en sa faveur. Cela peut n'être pas sans inconvénient pour le débiteur; il en est ainsi de toutes les conditions que la loi établit; toutes imposent des restrictions, et toute restriction est gênante. Toujours est-il qu'il faut un principe; or, il est incontestable que si la loi établit des conditions, c'est en faveur du créancier; c'est donc en sa faveur qu'on doit les interpréter (1).

194. S'il y a contestation sur l'une des conditions que la loi prescrit dans les articles 2018 et 2019, qui devra prouver qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas? Il y a un léger doute; à notre avis, il faut appliquer les principes généraux sur la preuve, puisque la loi n'y déroge point. Qui est demandeur, dans l'espèce? C'est le débiteur qui présente la caution; il est obligé d'en présenter une qui réunisse les conditions prescrites par la loi, il ne peut donc pas pré-

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n°s 193, 194. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 64, note 7. En sens contraire, Ponsot, p. 170, n° 159, suivi par Pont, t. II, p. 71, n° 131.

senter une personne quelconque, en rejetant sur le créancier la preuve que la caution présentée ne remplit pas les conditions légales ; il faut que lui-même prouve que la caution présente des biens suffisants, et qu'elle est domiciliée dans le ressort de la cour d'appel ; seulement la suffisance des biens sera prouvée si la caution possède des immeubles libres jusqu'à concurrence du montant du cautionnement. Si le créancier objecte que les immeubles sont litigieux ou que la discussion en est difficile, il doit prouver le fondement de son exception. Cela résulte de la rédaction du code. Le premier alinéa de l'article 2018 détermine les conditions que le débiteur doit prouver, puisque c'est lui qui doit présenter une caution ayant les qualités légales; mais, dit le deuxième alinéa, si les immeubles étaient litigieux ou d'une discussion difficile, alors c'est au créancier à établir qu'on ne peut y avoir aucun égard : cela implique une exception dont la preuve incombe à celui qui l'oppose (1).

195. La caution, qui était solvable au moment où elle a été reçue, peut devenir insolvable. Quel est, dans ce cas, le droit du créancier? L'article 2020 répond à la question : « Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. » Il y a eu sur ce point une longue discussion au conseil d'Etat; Treilhard, qui y assista, la résume dans l'Exposé des motifs. A l'appui du principe tel qu'il a été formulé par le code civil, on disait que si le créancier exige une caution, c'est pour s'assurer de l'exécution de l'obligation, qu'il a voulu une caution toujours solvable et qui lui offrît une garantie réelle jusqu'à ce que l'obligation fût exécutée. Chabot, dans son rapport au Tribunat, s'exprime avec plus de précision. Le cautionnement, dit-il, est la condition expresse de l'obligation; le créancier n'aurait pas traité avec le débiteur, si celui-ci ne lui avait fourni une caution bonne et solvable; donc, quand la caution devient insolvable, il est juste que le créancier puisse en exiger une autre, sinon il arriverait que, n'ayant pas voulu traiter avec le débiteur seul, il se trouverait cepen-

(1) Comparez Ponsot, p. 157, nos 143 et 144; Pont, t. II, p. 69, n° 128.

dant réduit à l'avoir seul pour débiteur. En d'autres termes, le contrat serait rompu; pour le maintenir tel que les parties l'ont entendu former, le débiteur doit donner une autre caution au créancier.

On objectait, contre cette doctrine, qu'en droit romain le débiteur n'était pas tenu de donner une autre caution lorsque celle que le créancier avait acceptée était devenue insolvable. Le débiteur, disait-on, a satisfait à son obligation en fournissant une caution acceptée par le créancier; il n'est pas garant de l'insolvabilité, c'est un cas fortuit que le créancier doit supporter (1). Pothier déjà s'était écarté de la rigueur romaine, qui ne tenait aucun compte de l'intention des parties contractantes, et c'est cependant cette intention qui est l'élément dominant de la convention. Quand le créancier stipule une garantie hypothécaire, et que les immeubles viennent à périr ou à se dégrader par cas fortuit, il peut réclamer le remboursement de sa créance; seulement le débiteur, n'étant pas en faute, est admis à offrir un supplément d'hypothèque (art. 2131, et loi hyp., art. 79). La loi le décide ainsi parce que l'hypothèque est la condition sous laquelle le créancier a prêté ses fonds au débiteur. Cette même raison de décider existe quand le créancier a stipulé une caution; il n'a traité que sous la condition du cautionnement, il doit avoir le droit de rompre le contrat si le débiteur ne fournit pas une nouvelle caution.

L'article 2020 ajoute : « Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. » Pothier faisait une autre distinction, peu juridique, entre le cas où le débiteur s'était obligé à fournir une caution indéterminément, et le cas où il avait contracté sous la garantie d'une caution déterminée; dans cette dernière hypothèse, il admettait que le débiteur n'était pas tenu de fournir une nouvelle caution (2). La dis-

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 frimaire an XII, n° 8 (Locré, t. VII, p. 402). Treilhard, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, p. 417). Chabot, Rapport, n° 11 (Locré, p. 424).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 391.

position du code est plus juste. Il ne faut pas voir ce que le débiteur a fait, mais ce que le créancier a exigé. La règle est que le créancier a le droit de demander une nouvelle caution : quand cette règle doit-elle recevoir exception? Lorsque c'est le créancier qui est responsable du choix de la caution, c'est-à-dire quand c'est lui qui a nominativement indiqué et exigé par une convention expresse la caution qui est devenue insolvable. Alors on peut dire que le débiteur a rempli la seule obligation qui lui incombait, celle de fournir la caution exigée par le créancier; c'est à celui-ci de répondre des suites d'un choix qu'il a imposé au débiteur. Dans ce cas, dit Chabot, la caution étant déterminée, la garantie du débiteur est aussi déterminée; s'il la fournit, son obligation est remplie; au lieu qu'en stipulant une caution indéterminée, sans la désigner, sans faire de telle caution une condition du contrat, le créancier entend stipuler une garantie qui soit suffisante pendant toute la durée du contrat (1).

196. Il reste une difficulté sur laquelle il y a controverse. Le créancier peut exiger une autre caution quand celle que le débiteur a fournie est devenue insolvable. Qu'entend-on par insolvabilité? L'article 2020 est une suite des articles 2018 et 2019, qui établissent que le débiteur doit donner une caution bonne et solvable, et qui déterminent les conditions requises pour que la caution soit réputée solvable; lors donc que l'une de ces conditions vient à manquer, il faut décider qu'il y a insolvabilité. Ce n'est pas l'insolvabilité ordinaire, la déconfiture ou la faillite, c'est une insolvabilité légale, conséquence de la solvabilité légale. Cette interprétation de la loi est aussi en harmonie avec les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'article 2020. C'est parce que la loi du contrat est rompue que le débiteur est obligé de donner une autre caution; et quelle est la loi du contrat? Que le débiteur donne une caution qui présente les conditions de solvabilité définies par l'article 2019; donc, si l'une de ces conditions vient à manquer, le créancier n'a plus la garantie qu'il avait stipulée;

(1) Pont, t. II, p. 75, nos 138-143.

par suite, il peut demander que cette garantie lui soit fournie, en donnant une autre caution. Ainsi la caution présentée par le débiteur possédait une maison dont la valeur était suffisante pour répondre de l'objet de l'obligation; cette maison est détruite par un incendie; dès lors la caution est légalement insolvable, quand même elle posséderait des valeurs mobilières plus que suffisantes pour assurer le payement; mais ces valeurs ne sont pas prises en considération pour estimer la solvabilité de la caution; elle n'est plus solvable dès qu'elle ne possède plus d'immeubles; donc le débiteur doit donner une autre caution (1).

197. Si la solvabilité de la caution a seulement diminué, il y a lieu de fournir une caution supplémentaire. On doit le décider ainsi par analogie de l'article 2131 (loi hyp., art. 79). Dans le cas où la garantie hypothécaire a diminué par une dégradation accidentelle des fonds hypothéqués, le débiteur est admis à fournir un supplément d'hypothèque. Cela concilie tous les intérêts. Il est plus facile au débiteur de trouver une caution supplémentaire qu'une caution nouvelle qui garantisse toute la dette, et les deux cautions réunies présenteront au créancier une sûreté suffisante (2).

198. Faut-il appliquer au domicile de la caution ce que l'article 2020 dit de l'insolvabilité? La caution avait son domicile dans le ressort de la cour d'appel où elle devait être donnée. Postérieurement au contrat, elle change de domicile, en s'établissant dans le ressort d'une autre cour d'appel. Le créancier pourra-t-il demander que le débiteur lui donne une autre caution? L'affirmative est enseignée; et, quoique cette opinion soit rigoureuse, elle nous paraît certaine. C'est l'application du principe sur lequel est fondée la disposition de l'article 2020. Le domicile est une des qualités que la loi exige pour la caution que le débiteur est obligé à fournir; si la caution n'a plus le domicile qu'elle devait avoir et qu'elle avait, la loi du contrat est rompue, et, par suite, le créancier peut forcer le débiteur à fournir une caution nouvelle (3).

(1) Pont, t. II, p. 77, n° 144. En sens contraire, Ponsot, p. 181, n° 166.
(2) Ponsot, p. 189, n° 169, et tous les auteurs.
(3) Duranton, t. XVIII, p. 330, n° 325, et tous les auteurs.

199. Le débiteur obligé à fournir une caution n'en trouve pas qui possède les qualités requises par la loi : sera-t-il admis à la remplacer par une garantie réelle? A notre avis, la négative est certaine; il ne dépend pas du débiteur de changer la loi du contrat; or, le créancier a stipulé et le débiteur a promis une caution; et il est de principe que le créancier ne peut être forcé de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale, ou même plus grande (art. 1243). Pothier, qui prévoit cet argument, décide néanmoins le contraire. On doit permettre facilement, dit-il, à celui qui est obligé de fournir une caution, de donner des gages à la place lorsqu'il ne peut donner de caution, parce que celui à qui la caution est due n'ayant d'autre *intérêt* que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans le gage autant et même plus, ce serait de sa part une pure *mauvaise humeur* de refuser la sûreté réelle. Pothier subordonne le droit à l'équité; c'est dépasser le pouvoir de l'interprète : la convention tient lieu de loi, et il n'appartient pas au juge de la modifier. Il ne s'agit pas d'un *intérêt,* comme le dit Pothier, il s'agit d'un *droit contractuel;* on ne peut pas reprocher au créancier d'y mettre de la *mauvaise humeur;* il répondrait qu'il use de son droit (1). L'article 2041 vient à l'appui de l'opinion générale; il porte que celui qui, obligé par la *loi* ou par un *jugement* de fournir une caution, n'en trouve pas, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement suffisant. Donc quand la loi veut permettre que le débiteur remplace une garantie personnelle par une garantie réelle, elle le dit; quand elle ne le dit pas, c'est qu'elle ne veut et ne peut le permettre. On conçoit que la *loi* qui ordonne un cautionnement le remplace par un gage; il en est de même quand le *juge* oblige l'une des parties à fournir caution, car il le fait en vertu de la loi. Mais le législateur ne peut pas autoriser le juge à violer la loi du *contrat,* en substituant une garantie réelle à la garantie personnelle que le créancier a stipulé. Vainement dirait-

(1) Pothier, *Des obligations,* n° 392. En sens contraire, Pont, t. II, p. 79, n° 250, et tous les auteurs.

on, avec Pothier, que le gage est une garantie plus sûre que la caution; le législateur n'admet pas cette objection quand il s'agit d'un droit conventionnel. Le débiteur qui offre à son créancier une pièce de terre valant les mille francs qu'il lui doit, pourrait dire aussi qu'un immeuble est une valeur plus sûre qu'une somme d'argent; l'article 1243 repousse cependant cette prétention, et, par identité de raison, on doit repousser le débiteur qui offre un gage alors qu'il doit une caution.

II. *De la caution légale et de la caution judiciaire.*

200. Aux termes de l'article 2040, les cautions légales et judiciaires doivent d'abord remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019; la loi ajoute que la caution judiciaire doit, en outre, être contraignable par corps; et, d'après l'article 2060, n° 5, la contrainte par corps avait lieu contre les cautions judiciaires qui s'y soumettaient. « Il faut des liens plus forts, dit l'Exposé des motifs, et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice. » C'est une phrase comme on en trouve trop chez les orateurs du gouvernement; on ne contracte jamais avec la justice. Est-ce que la justice stipule ou promet? Cela n'a pas de sens. Le cautionnement ne change pas de nature, selon qu'il est conventionnel ou judiciaire; c'est toujours une garantie, et cette garantie devrait être la même, que ce soit le juge qui l'ordonne ou les parties qui la stipulent. Il est inutile d'insister sur cette critique, puisque l'article 2040 n'est plus que de l'histoire, la contrainte par corps étant abolie en France et en Belgique.

201. Par une singulière anomalie, la disposition exceptionnelle de l'article 2040 ne s'appliquait pas à la caution légale; de sorte que la justice jouissait d'une plus grande autorité que la loi. Il en est de même d'une autre disposition exceptionnelle. Aux termes de l'article 2042, la caution judiciaire ne peut pas demander la discussion du débiteur principal; et, par voie de conséquence, l'article 2043 ajoute que celui qui a simplement cautionné

la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution. C'est une disposition traditionnelle qu'il est très-difficile de justifier. Domat invoque la faveur des dettes pour lesquelles la caution judiciaire est exigée; motif très-vague, et que l'on pourrait faire valoir pour bien d'autres dettes. La seule raison que l'on puisse donner est celle que Domat ajoute, c'est que l'autorité de la justice le demande ainsi, puisque le débiteur contracte avec la justice. A vrai dire, le débiteur ne contracte pas plus avec la justice qu'avec la loi; le législateur ordonne et le juge condamne, ni l'un ni l'autre ne contractent. Reste la garantie du créancier, qui devrait toujours être la même.

202. L'article 2041 contient une disposition commune à la caution judiciaire et à la caution légale; le débiteur est reçu à donner en sa place un *gage en nantissement*. Dans le projet soumis au conseil d'Etat, on lisait : « Un gage *ou* nantissement suffisant. » Les auteurs s'en tiennent à la rédaction primitive (1); Troplong va même jusqu'à mettre le mot *ou* dans le texte de la loi, au lieu du mot *en*. Nous ne reconnaissons pas à l'interprète le droit de changer le texte du code, à moins que l'on ne prouve qu'il y a une erreur; il faut donc s'en tenir au texte. Il y a deux nantissements, le gage et l'antichrèse; la loi ne parle que du gage, donc le gage seul est admis en place du cautionnement. Cela se comprend, le gage offre des facilités de réalisation que ne présente pas l'antichrèse.

L'article 2041 donne lieu à une autre difficulté. On demande si le débiteur serait admis à fournir une hypothèque. La question est controversée, les uns disent oui, les autres non. Troplong a trouvé moyen de dire *oui* et *non*. A notre avis, la solution négative n'est point douteuse; c'est à la loi et à la loi seule de décider quelle garantie peut remplacer celle qu'elle prescrit : est-ce le gage? est-ce l'hypothèque? est-ce l'antichrèse? De quel droit l'interprète dirait-il : C'est l'hypothèque, alors que la loi a dit que c'est le gage? L'opinion générale est que le débiteur ne peut pas

(1) Pont, t. II, p. 217, n° 442.

offrir une hypothèque. C'est aussi l'opinion que Troplong enseigne dans son *Commentaire des hypothèques*, à propos de la caution du surenchérisseur; et il en donne une bonne raison, c'est que les incommodités et les formalités de l'hypothèque en font une garantie moins sûre que le gage. Dans son *Commentaire sur le cautionnement*, Troplong ajoute : « Je ne voudrais cependant pas décider d'une manière absolue que l'offre d'une hypothèque n'est jamais acceptable. L'article 2041 n'est pas rédigé d'une manière limitative, et le mot *gage* peut s'entendre *lato sensu* de l'hypothèque. Le juge doit consulter les circonstances et se décider d'après la nuance des cas particuliers, en faisant entrer en ligne de compte la moralité du débiteur, sa bonne foi, son crédit (1). » Ainsi, à la question de droit, Troplong commence par répondre *non*; puis il dit *oui*, en abandonnant la décision au juge. Nous repoussons de toutes nos forces une pareille manière de traiter les questions de droit. Si c'est une question de droit, il faut laisser de côté les considérations de fait, car elles aboutissent à donner au juge un pouvoir discrétionnaire : est-ce pour cela que le législateur a remplacé l'arbitraire des parlements par un code de lois destiné à enchaîner le juge? Et quelles considérations met-on à la place de la loi? Le débiteur doit une caution; il présente une hypothèque. De quoi s'agit-il? De discuter si l'hypothèque vaut une caution ou un gage? Non, c'est au législateur de peser ces considérations. Et s'il était permis à l'interprète de les invoquer, pourrait-il dire que le *débiteur* présente des garanties pour lui permettre de remplacer la caution ou le gage par une hypothèque? C'est précisément parce que la loi n'a pas confiance dans la garantie personnelle du débiteur qu'elle l'oblige à donner caution ou à fournir un gage. Et l'on vient se prévaloir des garanties que présente la personne du débiteur contre la loi qui les déclare insuffisantes! Que dire de l'interprétation que Troplong donne de l'article 2041? Il prétend que la loi n'est pas restrictive. Est-ce que toute disposition qu'il

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 680, note 12, § 425.

n'appartient qu'au législateur d'établir n'est pas restrictive de son essence? Le mot *gage* peut s'entendre de l'hypothèque! Quoi! il est question de garanties qui toutes ont un nom technique, cautionnement, gage, antichrèse, hypothèque; il s'agit de décider laquelle de ces garanties le débiteur peut et doit offrir; et le législateur se servirait, pour décider la question, d'un mot qui comprend toutes les garanties réelles!

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I. — De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

§ Ier. *Du bénéfice de discussion.*

N° 1. QU'EST-CE QUE LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION?

203. L'article 2021 porte : « La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » Il faut rattacher à cette disposition celle de l'article 2011, aux termes de laquelle la caution se soumet envers le créancier à l'obligation principale, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si l'on s'en tient à la lettre de ces articles, on pourrait croire que la caution n'est pas tenue directement, que le créancier doit d'abord s'adresser au débiteur principal, et que c'est seulement lorsque celui-ci ne paye pas, que la caution peut être actionnée. Cette interprétation conduirait à la conséquence que le créancier doit constituer le débiteur en demeure avant de pouvoir poursuivre la caution. C'est l'opinion de Delvincourt, suivie par Duranton et par Zachariæ (1).

(1) Duranton la développe longuement (t. XVIII, p. 341, n° 331). Tous les traducteurs de Zachariæ se sont prononcés contre lui. Aubry et Rau, t. IV, p. 681, note 6, § 426; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 67, note 3.



Cette opinion n'a pas trouvé faveur (1). On fait dire à la loi ce qu'elle ne dit point. L'article 2011 dispose que la caution s'oblige à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas; cela signifie qu'il y a un débiteur principal dont la caution garantit l'obligation, en d'autres termes, que le cautionnement est une obligation accessoire. Régulièrement le créancier s'adresse au débiteur principal, et il ne recourt contre la caution que si le débiteur ne paye pas. Mais l'article 2021 ne lui en fait pas une obligation, il ne parle pas de l'action du créancier contre la caution; il est donc impossible qu'il la subordonne à une mise en demeure. Quant à l'article 2021, il ne dit pas non plus que le créancier doit constituer le débiteur en demeure avant d'agir contre la caution; il définit le bénéfice de discussion, et il décide que lorsque le créancier agit contre la caution, celle-ci peut lui opposer ce bénéfice; ce qui implique que le créancier a le droit d'agir avant d'avoir discuté les biens du débiteur, et aussi avant de l'avoir mis en demeure. Tout ce qui résulte de l'article 2021, c'est que la caution peut forcer le créancier à discuter les biens du débiteur principal. En ce sens, elle n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur (2).

Cette interprétation du texte est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi et avec l'intention des parties contractantes. Le créancier qui stipule une caution veut assurer le payement de sa créance; ce qui implique qu'il peut s'adresser à la caution dès que le débiteur ne paye pas. On ne peut donc pas le forcer à poursuivre le débiteur, ni, par conséquent, à le mettre en demeure; dès qu'à l'échéance le débiteur ne paye pas, le créancier doit avoir le droit d'actionner la caution. L'obliger à faire des poursuites contre le débiteur, c'est manquer le but que le créancier a eu en vue, celui de s'assurer son payement à l'échéance, soit contre le debiteur, soit contre la caution. Vainement la caution dirait-elle que son obligation n'est qu'accessoire. Sans

(1) On cite, en faveur de cette opinion, un arrêt de la cour de Bruxelles du 18 octobre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 476). L'arrêt ne décide pas la question de principe, il concerne plutôt la disposition de l'article 1912.
(2) Pont, t. II, p. 82, nos 154 et 155, et la plupart des auteurs.

doute; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que la dette doit être supportée en définitive par le débiteur principal; aussi la loi donne-t-elle à la caution qui paye un recours contre le débiteur, et elle la subroge à tous les droits du créancier; cette subrogation est de l'essence du cautionnement, parce qu'il est de son essence que le débiteur supporte la dette, et non la caution, qui n'intervient que par amitié et complaisance (art. 2028, 2029 et 2037). Autre est la question de savoir quels sont les droits du créancier contre la caution. Celle-ci doit payer dès que le débiteur ne paye pas : tel est le principe.

204. On dira que, s'il en est ainsi, la caution ne devrait pas avoir le bénéfice de discussion, puisque, par l'effet de ce bénéfice, on force le créancier à poursuivre le débiteur et à vendre ses biens; ce qui est précisément contraire au but que le créancier a eu en vue en stipulant une caution. L'objection est très-fondée si l'on s'en tient à la rigueur des principes. Dans l'ancien droit romain, la caution ne pouvait pas opposer au créancier l'exception de discussion; c'est Justinien qui l'introduisit, et sa novelle devint le droit commun de la France et de la Belgique (1). Mais le mot même que l'exception porte prouve que c'est une dérogation à la rigueur des principes; on l'appelle un *bénéfice*, c'est-à-dire une faveur, parce qu'elle déroge au droit strict du créancier. Chabot l'avoue dans son rapport au Tribunat : « D'après la rigueur du droit, dit-il, la caution pourrait être poursuivie par le créancier dès l'instant où le débiteur serait en retard de payer, puisqu'elle s'est engagée à exécuter l'obligation principale, dans le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas lui-même. » Quand le législateur déroge au droit strict, c'est toujours par des considérations d'équité. Ce sont, en effet, des raisons d'équité que Chabot allègue pour justifier le bénéfice de discussion. D'abord le bénéfice suppose que le débiteur présente des moyens de solvabilité, et qu'il serait facile au créancier de le contraindre à l'exécution : pourquoi, dans ces circon-

(1) Il y avait cependant une coutume, celle de Luxembourg, qui n'admettait pas le bénéfice de discussion. Cela a été jugé ainsi par le conseil d'État, décret du 8 mai 1813 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 172).



stances, imposerait-on cette exécution à la caution? n'est-il pas naturel et équitable que le créancier, le seul intéressé, fasse les poursuites, plutôt que la caution, qui n'a aucun intérêt dans la transaction? L'intention des parties contractantes, dit-on, est d'accord avec l'équité : la caution ne s'oblige à payer que dans la supposition que le débiteur ne soit pas en état de le faire; tout ce qu'elle entend garantir, c'est le payement. Ceci n'est pas tout à fait exact; il ne s'agit pas seulement de ce que la caution pense, il s'agit de savoir quelle est l'intention des deux parties contractantes; or, si leur intention était réellement que la caution ne fût tenue de payer que dans le cas où le débiteur principal serait hors d'état de payer lui-même, la caution aurait pour elle un droit contractuel, et il serait inutile de parler d'équité. Aussi Chabot ne parle-t-il que de l'intention de la caution, et il se hâte d'ajouter une nouvelle considération d'équité. Ne faut-il pas, dit-il, traiter avec quelque faveur le cautionnement, qui est un acte de bienfaisance, pourvu qu'en définitive le créancier trouve sûreté entière (1)? Tel est aussi le seul motif que l'orateur du gouvernement fait valoir contre la rigueur romaine. « C'était une rigueur bien grande, dit Treilhard, contre des personnes qui souvent ne s'étaient obligées que par un sentiment de bienfaisance et de générosité (2). » Enfin l'orateur du Tribunat dit également qu'il est juste de venir au secours de ceux qui, en s'obligeant pour autrui, n'entendent point que cet acte de bienfaisance puisse leur devenir nuisible (3). Le motif d'équité est incontestable, seulement il suppose que le cautionnement est gratuit, et la loi ne le déclare pas gratuit de son essence; il peut donc se faire à titre onéreux, et, dans ce cas, toutes les considérations que l'on a invoquées en faveur du bénéfice de discussion viennent à tomber; ce qui n'empêche pas que la caution ne puisse l'opposer. Il y a là une véritable anomalie.

205. Y a-t-il des cas dans lesquels la caution ne jouit pas du bénéfice de discussion? Les auteurs en énumèrent

(1) Chabot, Rapport, nº 12 (Locré, t. VII, p. 424.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, nº 11 (Locré, t. VII, p. 417).
(3) Lahary, Discours, nº 16 (Locré, t. VII, p. 441).

un assez grand nombre (1). Ce seraient autant d'exceptions à une règle générale, car le bénéfice de discussion est une règle que la loi établit, quelque contestables que soient les motifs sur lesquels elle est fondée. « *La caution,* dit l'article 2021, n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens. » Donc toute caution jouit du bénéfice de discussion. S'il y a des exceptions à cette règle, elles doivent être établies par la loi, car il n'y a que le législateur qui puisse créer des exceptions aux règles qu'il consacre. De là suit qu'il ne peut y avoir d'autres exceptions au bénéfice de discussion que celles qui résultent de la loi. Nous avons déjà rencontré une de ces exceptions : la caution judiciaire, dit l'article 2042, ne peut point demander la discussion du débiteur principal. Cette exception confirme la règle ; il s'ensuit que toute caution légale ou conventionnelle peut opposer au créancier le bénéfice de discussion.

206. La loi permet à la caution de renoncer à ce bénéfice (art. 2021). C'est l'application d'un principe général : chacun peut renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur ; or, la discussion du débiteur principal est essentiellement une faveur que le législateur a accordée à la caution (n° 204). La renonciation peut être expresse ; il est devenu presque de style que la caution renonce au bénéfice de discussion dans l'acte même par lequel elle s'oblige ; de sorte que les parties contractantes rétablissent le droit strict, auquel le législateur a dérogé par un motif d'équité (2). La renonciation peut aussi être tacite : c'est le droit commun, auquel la loi ne déroge point. Quand la renonciation est-elle tacite ? C'est une question de fait dont la solution dépend de l'intention des parties contractantes, intention qui se manifeste par des faits, au lieu de se manifester par des paroles. Pothier discute des exemples dans lesquels la volonté de la caution est plus ou moins douteuse (3) ; nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, tout dépendant des termes de la convention et des circonstances de la cause,

(1) Troplong, *Du cautionnement*, nos 233-239.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 87, n° 160.
(3) Pothier. *Des obligations*, n° 408.

c'est-à-dire d'éléments qui varient d'une espèce à l'autre; et il est très-difficile de discuter et de critiquer des décisions de fait, puisque tout dépend de l'impression que font sur l'esprit du juge des circonstances qu'il est mieux à même d'apprécier que l'interprète, qui n'a sous les yeux qu'un recueil d'arrêts (1).

L'article 2021 donne un exemple de renonciation tacite: « Quand la caution s'oblige solidairement avec le débiteur, l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis sur les dettes solidaires. » Ces derniers termes sont trop absolus; la caution solidaire ne devient pas en tout un débiteur solidaire, il y a des différences sur lesquelles nous reviendrons. Un point est certain, c'est que la caution solidaire renonce au bénéfice de discussion; car l'effet essentiel de l'engagement solidaire contracté par la caution est de la faire considérer comme débiteur principal à l'égard du créancier, en ce sens que le créancier peut poursuivre la caution comme si elle était tenue seule au payement de la dette (art. 1200) (2).

207. La solidarité a donné lieu à une difficulté. Un commerçant souscrit des billets à ordre sous la caution solidaire de son père. Un tiers garantit la solvabilité de la caution, et mit, à cet effet, son aval sur les billets. Celui-ci, actionné en payement des billets, prétendit qu'il était un simple certificateur de caution; et, à ce titre, il opposa l'exception de discussion. Le demandeur soutint que le donneur d'aval était débiteur solidaire, et qu'à ce titre il ne pouvait se prévaloir du bénéfice de discussion. Il a été jugé par la cour de Paris que l'exception de discussion pouvait être invoquée par le donneur d'aval quand il n'est que certificateur de caution. Pourvoi en cassation. La chambre des requêtes décida que c'était une question d'intention: celui qui a mis son aval entendait-il s'obliger non-seulement comme certificateur de caution, mais encore comme débiteur solidaire? La cour d'appel s'était bornée à reconnaître l'intention du donneur d'aval de n'être tenu que comme

(1) Comparez Rejet, 16 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 102).
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 70, note 14.

certificateur de caution, en interprétant les termes de l'acte par lui souscrit, et cette interprétation est souveraine. Restait à savoir si le certificateur de caution avait renoncé au bénéfice de discussion en donnant un aval qui le rend débiteur solidaire. La cour de cassation dit que celui qui promet la solvabilité de la caution s'engage à payer, si celle-ci n'est pas solvable; c'est dire qu'il stipule virtuellement et nécessairement que la caution sera poursuivie avant lui (1).

208. Il y a des cas où, en vertu des principes généraux de droit, la caution ne peut plus opposer le bénéfice de discussion (2). Si elle succède au débiteur principal, et si elle est actionnée par le créancier, elle ne jouit plus des bénéfices de la caution, car le cautionnement est éteint par la confusion des qualités de débiteur et de caution dans la même personne; devenue débiteur principal comme héritier, la caution cesse d'être caution, puisque le débiteur ne peut pas être caution de lui-même.

La caution d'un vendeur forme contre l'acheteur une action en revendication; l'acheteur la repousse par l'exception de garantie, celui qui doit garantie ne pouvant pas évincer. Est-ce que, dans ce cas, la caution pourra invoquer le bénéfice de discussion et forcer l'acheteur d'exercer son recours avant tout contre le vendeur? Non, dit Pothier, car l'exception de discussion implique que le débiteur principal peut payer la dette; or, dans l'espèce, le vendeur ne pourrait pas satisfaire à la garantie en défendant l'acheteur contre la revendication de la caution, celle-ci seule peut défendre l'acheteur; elle le doit comme garantie; donc il n'y a pas lieu de discuter les biens du débiteur principal (3).

L'insolvabilité du débiteur principal est notoire : la caution pourra-t-elle néanmoins opposer au créancier le bénéfice de discussion? Non, quoique la loi ne le dise pas en termes formels, cela résulte implicitement des conditions qu'elle prescrit pour que la caution puisse jouir du bénéfice

(1) Rejet, 4 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1. 123).
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 85, n° 158.
(3) Pothier, *De la vente*, n° 177.

de discussion; elle doit indiquer les biens du débiteur principal que le créancier puisse discuter utilement; or, si le débiteur n'a pas de biens, ou si ses biens sont saisis par des créanciers hypothécaires, toute discussion devient impossible (1).

209. Peut-on admettre des exceptions au bénéfice de discussion qui ne résultent pas des principes généraux? Non (n° 205). Telle est l'exception que quelques auteurs admettent en matière commerciale. Les règles établies sur le cautionnement par le code civil sont applicables en matière de commerce, à moins que le code de commerce n'y déroge; or, aucun texte de ce code ne parle du bénéfice de discussion, il ne peut donc y avoir de dérogation. Cela est décisif (2).

On est étonné de lire dans le Commentaire de Troplong sur le cautionnement que tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'entre marchands il n'y a pas lieu au bénéfice de discussion. Et quand même tous les auteurs le diraient, il faudrait encore voir s'ils ont raison : ont-ils le droit de créer une exception que la loi ignore? Voilà une de ces questions qu'il suffit de poser pour les résoudre. Il n'y a pas d'argument qui puisse donner à l'interprète le pouvoir de faire la loi. Et ceux que Troplong allègue ne sont certes pas faits pour justifier une pareille usurpation. Dire que « dans les matières commerciales la confiance, le crédit, la bonne foi doivent être exubérants », c'est faire une phrase. Ajouter que « cette exception n'y serait qu'une entrave à la marche des affaires, qui doivent arriver promptement à conclusion », est une raison à l'adresse du législateur; or, l'interprète n'a pas à voir ce que le législateur aurait dû faire, il doit se borner à voir ce qu'il a fait. Troplong ajoute « que, dans les opérations de commerce, le cautionnement n'est *pas toujours* gratuit; et comment alors le fidéjusseur pourrait-il s'abriter derrière une exception introduite pour celui qui se charge généreusement de la dette d'autrui? » Les mauvais arguments

(1) Paris, 21 avril 1806 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 370. 2°).
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 69, note 13, et les auteurs qu'ils citent. Pont, t. II, p. 85, n° 158.



trahissent les mauvaises causes. De ce que le cautionnement n'est *pas toujours* gratuit, peut-on conclure que la caution commerciale ne jouit *jamais* du bénéfice de discussion? Il faudrait au moins limiter l'exception au cas où le cautionnement est intéressé, et, par suite, il faudrait admettre la même exception en matière civile. Et, en procédant ainsi, l'interprète ne ferait-il pas la loi (1)?

N° 2. DES CONDITIONS REQUISES POUR LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION.

210. Le rapporteur du Tribunat établit le principe que le code suit en cette matière. La loi prescrit des conditions rigoureuses pour l'exercice du droit qu'elle accorde à la caution : pourquoi se montre-t-elle si sévère alors qu'il s'agit d'un bénéfice? La loi veut, dit Chabot, que la discussion réclamée soit de nature à être courte et facile, qu'elle n'expose pas le créancier à des retards considérables ou à des contestations pénibles; et, enfin, que le créancier ne soit pas tenu d'en avancer les frais (2). Ces conditions ont été critiquées, au sein du Tribunat, par Goupil-Préfeln. Il considère le bénéfice de discussion comme un droit inhérent au cautionnement; et, à ce point de vue, il n'a pas tort de dire que le bénéfice doit être organisé de façon que la rigueur des conditions auxquelles on le soumet ne le rende pas illusoire. Mais le point de départ est-il exact? Est-il vrai de dire que l'engagement de la caution se réduit à garantir, au profit du créancier, le payement de la dette, après que celui-ci aura inutilement discuté le débiteur dans ses biens (3)? Chabot rétablit les vrais principes; nous transcrivons ses paroles, c'est le meilleur commentaire de la loi.

« Le cautionnement a pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation principale; mais pour que l'obligation principale soit exécutée *comme elle doit l'être,* il faut que la dette soit acquittée *à son échéance;* la caution est donc te-

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 233.
(2) Le principe est emprunté à Pothier, *Des obligations*, n° 412.
(3) Discours de Goupil-Préfeln, dans la séance du 21 pluviôse an XII (Locré, t. VII, p. 429-432).

nue, non pas seulement de payer la dette lorsque le débiteur n'y satisfait point lui-même, mais encore de la payer à l'échéance du terme fixé par la convention. Il en résulte qu'à l'instant de l'échéance du terme, si le débiteur ne paye pas, le créancier devrait avoir le droit de contraindre la caution au payement. »

Tel est le droit strict. La loi y déroge en accordant à la caution le *bénéfice* de discussion; c'est une faveur considérable, puisque la caution obtient un délai que n'a pas le débiteur, et se trouve ainsi dégagée de l'une des obligations principales du débiteur, le payement à l'échéance du terme. Puisque c'est un bénéfice, la loi qui l'accorde peut y mettre telles conditions qu'elle juge convenables; elle doit veiller surtout à ce que la dérogation au droit du créancier se concilie avec l'équité (1).

211. « Le créancier n'est oblige de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle » (art. 2022). Cela veut-il dire, comme l'a jugé la cour de Paris, que l'exception de discussion doit être opposée *dès l'entrée de la cause*, ou, comme on dit, *in limine litis* (2)? On peut citer à l'appui de cette interprétation le rapport de Chabot : « Le créancier n'est tenu de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert expressément, et il faut même qu'elle le requière sur les premières poursuites exercées contre elle; elle serait non recevable, si elle avait défendu au fond, c'est une *exception dilatoire* qui doit être opposée *in limine litis*. Il serait trop pénible pour le créancier que la caution qui l'aurait fatigué par de longues chicanes pût encore éloigner le payement de la dette en demandant la discussion du débiteur. » Il est vrai que l'exception de discussion n'est que *dilatoire*, et ces exceptions doivent, en général, être opposées de suite. Mais le bénéfice de discussion est une exception toute spéciale, et c'est pour des motifs spéciaux que le législateur a voulu qu'elle fût opposée sur les premières poursuites. Dans l'ancien droit, il y avait

(1) Réponse de Chabot, dans la séance du 23 pluviôse an XII (Locré, t. VII, p. 433 et suiv.).
(2) Paris, 21 avril 1810 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 370, 2°).

controverse sur la nature de l'exception de discussion. Beaucoup d'auteurs soutenaient qu'elle était péremptoire, et ils en concluaient qu'elle pouvait être opposée en tout état de cause; un arrêt du parlement de Toulouse l'avait jugé ainsi. Pothier, au contraire, enseignait que l'exception était dilatoire, puisqu'elle tendait à différer l'action du créancier contre la caution, et non à l'exclure entièrement. Dans cette opinion, l'on appliquait la règle générale qui veut que toute exception dilatoire soit opposée avant la contestation en cause (1).

Le projet de code civil portait simplement que le créancier n'est obligé de discuter le débiteur que lorsque la caution le requiert, ce qui semblait permettre à la caution d'opposer l'exception en tout état de cause. Cette rédaction a été changée sur la proposition du Tribunat; il importe de constater quel a été le but du changement. On lit dans les Observations de la section de législation : « La section propose d'ajouter ces mots : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*. Si, en effet, différentes poursuites ont eu lieu contre la caution, sans qu'elle ait requis la discussion des biens du débiteur, *elle est censée avoir renoncé* à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution; il doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé avancer (2). » Le Tribunat ne dit pas que le bénéfice de discussion est une exception dilatoire; si la caution ne peut plus opposer le bénéfice après les premières poursuites, c'est parce que son silence implique une renonciation; il faut donc voir si réellement le silence de la caution a cette signification; partant, la question se résout en une difficulté de fait. C'est la remarque de Merlin : « Il ne résulte pas, dit-il, de l'addition proposée par le Tribunat, que le code civil refuse la discussion au fidéjusseur lorsqu'il ne l'a pas proposée à l'entrée de cause; on doit seulement en conclure qu'il ne peut pas en exciper lorsqu'il a élevé des contestations propres à faire présumer qu'il a renoncé à

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° 1 (t. III, p. 470). Pothier, *Des obligations*, n° 410. Pont, t. II, p. 89, n° 167.
(2) Observations du Tribunat, n° 5 (Locré, t. VII, p. 412).



cette exception. » Merlin ajoute que le texte du code n'implique pas que le bénéfice de discussion doive être opposé *in limine litis;* les mots *sur les premières poursuites* ne sont pas synonymes de l'expression *entrée de cause*. C'est donc une question de fait. Généralement il y aura renonciation au bénéfice si la caution intéressée à l'opposer de suite, ne le fait point. Toutefois il se peut qu'elle n'ait pas entendu renoncer à un bénéfice que, dans les circonstances de la cause, elle ne pouvait pas même faire valoir. Merlin donne cet exemple. La caution prétend que le cautionnement est nul, elle plaide et succombe. Peut-elle encore opposer l'exception de discussion? Merlin répond que cela n'est pas douteux. En effet, la caution qui soutient que le cautionnement est nul, se trouve dans l'impossibilité d'opposer le bénéfice de discussion, puisque en l'opposant elle reconnaîtrait qu'elle est caution, tandis qu'elle prétend qu'elle ne l'est point (1).

212. « La caution qui requiert la discussion doit avancer les deniers suffisants pour la faire » (art. 2023). Cette condition est une de celles qui ont été vivement attaquées au sein du Tribunat : assujettir la caution, disait le tribun Goupil-Préfeln, à faire l'avance des frais qu'exigera la discussion, c'est lui accorder d'une part un bénéfice, et de l'autre le lui enlever implicitement. Chabot lui répondit, et la réponse est péremptoire : « En faveur de qui est faite la discussion des biens du débiteur? Ce n'est pas en faveur du créancier, puisqu'elle le force à des poursuites désagréables et qu'elle éloigne le payement de la dette lorsqu'il pourrait, à l'instant même, contraindre la caution au payement. La discussion n'est donc faite que pour le fidéjusseur; elle n'a d'autre objet que de l'exempter du payement; elle ne profite qu'à lui, puisqu'elle lui procure sa décharge, ou au moins un délai. N'est-il pas juste qu'il avance les fonds nécessaires pour une discussion qui n'est admise que dans son intérêt? »

On demande si la caution doit offrir d'avance les frais

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*. § IV, n° 1. Duranton, t. XVIII, p. 347, n° 334. L'opinion de Merlin est suivie par tous les auteurs.



au moment où elle requiert la discussion? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Il n'appartient pas à l'interprète de créer des formalités ni des conditions; et celles que la loi prescrit ne peuvent pas être étendues ni aggravées. Or, l'article 2023 ne parle que de l'offre des frais; cela est décisif. Telle est aussi la tradition. Il y a un arrêt contraire de la cour de Bordeaux, et l'on prétend que cette décision est dans l'esprit de la loi (1). C'est avouer que le texte garde le silence; or, l'esprit de la loi ne suffit point pour prescrire des conditions que la caution serait tenue de remplir sous peine de déchéance.

213. « La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal » (art. 2023). De quels biens s'agit-il? Puisque la loi parle des biens en général, il faut en conclure que la caution peut indiquer des biens meubles. C'est l'opinion générale et elle a une base inébranlable, celle du texte (2). Toutefois Zachariæ dit que la caution, d'après la nature des choses, ne peut ordinairement indiquer au créancier que des immeubles, car pour les autres biens il y a toujours doute s'ils suffisent pour le payement. Le motif nous paraît aussi erroné que l'opinion à l'appui de laquelle on l'invoque. Où est-il dit que les biens indiqués par la caution doivent être suffisants pour le payement intégral de la dette? C'est une condition que la loi ignore et que l'interprète n'a certes pas le droit de prescrire. Aussi Zachariæ a-t-il été abandonné sur ce point par ses traducteurs (3). On pourrait objecter que, dans l'opinion générale, le créancier recevra un payement partiel et qu'il a droit à un payement intégral. Notre réponse est dans le texte de la loi. En donnant le bénéfice de discussion à la caution, la loi autorise implicitement un payement jusqu'à concurrence des biens du débiteur, donc un payement partiel, si les biens sont insuffisants pour désintéresser le créancier. Mais ce payement n'est partiel qu'en apparence, car à l'instant même où le

(1) Voyez les autorités, en divers sens, dans Pont, t. II, p. 94, n° 175.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 355, n° 338, et tous les auteurs.
(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 68, note 7.

créancier le reçoit, il peut demander que la caution le complète (1).

214. L'article 2023 porte que la caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal; donc *tous* les biens. C'est la doctrine de Pothier : l'indication des biens, dit-il, doit se faire en une fois; la caution doit y comprendre tous les biens qu'elle veut que le créancier discute; elle ne serait pas recevable, après la discussion de ceux qu'elle a indiqués, à en indiquer d'autres. Cette opinion est admise par les auteurs modernes. Toutefois il faut faire une restriction. La caution ne peut pas être tenue à l'impossible; quand la loi dit qu'elle doit indiquer les biens du débiteur, elle suppose qu'elle les connaît; si elle ne les connaît pas, ou si le débiteur acquiert de nouveaux biens, il ne peut être question d'obliger la caution de les indiquer : à l'impossible personne n'est tenu (2). Il y a plus, il nous paraît même difficile de décider, comme le fait Pothier, que la caution doit faire l'indication de tous les biens qu'elle connaît, sous peine de déchéance; la loi ne prononce pas la déchéance, elle ne dit pas même en termes positifs que l'indication doit comprendre tous les biens. Donc, tout ce que l'on pourrait conclure d'une indication incomplète, c'est que la caution serait, à la vérité, admise à indiquer des biens qui y étaient omis, mais qu'elle serait tenue des dommages-intérêts si cette indication tardive causait un préjudice au créancier. Cela est aussi fondé en raison : dans le système du bénéfice de discussion, on ne comprend pas que le créancier agisse contre le débiteur, alors que celui-ci possède des biens suffisants pour satisfaire à l'obligation du créancier; il faut donc que la discussion épuise son patrimoine; seulement cette discussion doit se concilier avec l'intérêt du créancier (3).

215. L'article 2023 énumère des biens du débiteur que la caution ne peut pas indiquer. D'abord elle ne peut indiquer des biens situés hors de l'arrondissement de la cour

(1) Duranton, t. XVIII, p. 355, n° 338.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 411.
(3) Comparez, en sens divers, Pont, t. II, p. 95, n° 179, et les autorités qu'il cite.

d'appel du lieu où le payement doit être fait. Le législateur veut, comme le dit le rapporteur du Tribunat, que la discussion soit courte et facile; donc il a dû écarter la discussion de biens dont l'éloignement rendrait la réalisation difficile.

La loi ne permet pas non plus à la caution d'indiquer des biens litigieux; Chabot en donne la raison : le créancier ne peut pas être forcé à soutenir des procès qui peuvent être longs et incertains, lorsqu'il a dû compter sur l'exécution que lui a promise la caution. Il ne faudrait pas conclure de là que les biens ne sont litigieux que lorsqu'ils font déjà l'objet d'un procès (art. 1701); la loi ne définissant pas ce qu'elle entend dans l'article 2023 par biens litigieux, s'en rapporte par cela même à l'appréciation des tribunaux (n° 190). Il a été jugé que des biens échus par succession au débiteur, mais encore indivis, étaient des biens litigieux dans le sens de l'article 2023 (1); en effet, des biens indivis ne peuvent être expropriés, il faut avant tout demander le partage, ce qui peut conduire à une instance judiciaire (art. 2025).

Enfin la loi n'admet pas à la discussion des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Chabot donne pour motif qu'il pourrait y avoir un long débat avec les détenteurs de ces biens et avec les créanciers. Cette condition avait été critiquée au sein du Tribunat. Le rapporteur se borna à répondre que l'équité exige que la discussion ne soit ni longue ni difficile. On peut ajouter que la possession du tiers acquéreur est aussi favorable que l'exercice du bénéfice de discussion; voilà pourquoi le code civil accordait au tiers détenteur le bénéfice de discussion qui suspendait la vente de l'héritage (art. 2170) (2). La loi hypothécaire belge n'a pas maintenu ce bénéfice.

216. Pothier demande si celui qui a cautionné l'un des codébiteurs solidaires peut exiger que le créancier discute

(1) Toulouse, 9 mars 1819 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 196). Comparez jugement du tribunal de Bruges, 2 août 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 299).

(2) Duranton, t. XVIII, p. 356, n° 338.



les biens possédés par les autres codébiteurs. Il décide la question affirmativement, par une raison d'équité et par un motif de droit. Pothier insiste sur la raison d'humanité, comme il dit. Il est équitable qu'une dette soit payée par ceux qui en sont les véritables débiteurs et qui profitent du contrat, plutôt que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui; le bénéfice de discussion n'a pas d'autre fondement. C'est pourquoi il est de l'humanité que le créancier, lorsque cela lui est à peu près indifférent, épargne ce désagrément à la caution, et se fasse payer par le véritable débiteur. Cette argumentation donne une idée de la manière de Pothier : il aime à décider en équité, plutôt que d'après la rigueur du droit. Mais ce que Pothier pouvait faire, en l'absence d'une loi, les interprètes du code civil ne le peuvent plus. Nous en avons fait plus d'une fois la remarque; les questions de droit ne se décident plus par l'équité, elles se décident par les textes et par les principes qui en découlent. Il s'agit de savoir, non s'il est équitable que le créancier discute les biens des codébiteurs solidaires qui ne sont pas cautionnés, mais si la caution peut l'y contraindre. Pothier, lui-même, ne se contente pas de l'équité, il cherche à l'appuyer sur le droit. On peut même dire, ajoute-t-il, que celui qui s'est rendu caution pour l'un des débiteurs solidaires, est aussi, *en quelque façon,* caution des autres; car l'obligation de tous les débiteurs solidaires n'étant qu'une même obligation, la caution, en accédant à l'obligation de l'un, accède à l'obligation de tous (1). Voilà une argumentation peu digne de Pothier; il n'ose pas décider que la caution de l'un des codébiteurs solidaires est caution des autres; il se contente d'un *en quelque façon.* C'est avouer que la caution de l'un n'est pas caution des autres; et comment le serait-elle? Est-ce que le cautionnement n'est pas un contrat intervenu entre le codébiteur cautionné et le fidéjusseur? et le fidéjusseur peut-il se prévaloir de ce que le débiteur qu'il a cautionné a des codébiteurs qui sont restés en dehors de la convention? Une convention peut-

(1) Pothier, *Des obligations,* n° 412, suivi par Troplong, Massé et Vergé, Taulier et Dalloz. En sens contraire, Bugnet sur Pothier, et Pont, t. II, p. 97, n° 183.



elle avoir un effet quelconque à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties? Sans doute, l'obligation de tous les codébiteurs n'est qu'une seule et même obligation, mais en quel sens et à l'égard de qui? A l'égard du créancier et pour le payement de la dette principale; cela n'empêche pas qu'il y ait autant de liens particuliers qu'il y a de débiteurs, et que chacun des codébiteurs puisse être tenu différemment de l'autre (art. 1201); à plus forte raison le créancier peut-il stipuler des garanties de l'un, qu'il ne stipule pas des autres. La caution n'est donc liée qu'à l'égard du codébiteur qu'elle a cautionné : les autres lui sont étrangers; et l'on veut qu'elle puisse renvoyer le créancier à discuter leurs biens! Ce qui nous surprend encore plus que l'opinion de Pothier, c'est qu'elle ait trouvé des partisans sous l'empire du code civil, alors que l'article 2030 exige que le fidéjusseur ait cautionné tous les débiteurs solidaires pour avoir recours contre chacun pour la totalité. Donc la caution n'a pas de recours solidaire contre ceux qu'elle n'a point cautionnés. Voilà le vrai principe, et il est élémentaire : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

217. Qu'arrivera-t-il si la caution a indiqué les biens du débiteur principal et que le créancier ne les discute pas? Le créancier aura-t-il action contre la caution si le débiteur devient insolvable? L'article 2024 décide la difficulté en ces termes : « Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites. » Il y a eu sur ce point une longue discussion au conseil d'Etat; nous croyons inutile d'analyser le débat; le principe que le code a consacré a été exposé d'une manière claire et nette par Tronchet, il suffit de reproduire son explication, c'est le commentaire authentique de la loi (1).

(1) Séance du conseil d'État, du 23 frimaire an XII, n° 5 (Locré, t. VII, p. 408).



La caution doit payer pour le débiteur. Telle est la règle générale. Le bénéfice de discussion lui donne seulement la faculté de prouver que le débiteur peut payer, et alors l'équité exige que le créancier discute les biens du débiteur principal. Pour l'exercice de ce droit, la loi veut que la caution indique les biens et qu'elle avance les frais. Quand ces conditions sont remplies, le créancier doit faire les poursuites nécessaires. Tronchet dit que, dans ce cas, le créancier devient le mandataire de la caution et que, par suite, il est responsable de l'inexécution de son mandat. Ne serait-il pas plus vrai de dire que l'obligation de discuter est une obligation légale? La discussion étant un droit pour la caution, il en résulte une obligation pour le créancier; et le droit, de même que l'obligation corrélative, ont leur principe dans la loi. Si le créancier ne fait pas de poursuites, il manque à son obligation, et il en doit être responsable. Reste à préciser les conditions sous lesquelles cette obligation lui incombe et quelles sont les conséquences de son inexécution.

Les conditions sont celles que la loi exige pour le bénéfice de discussion, c'est-à-dire l'indication des biens à discuter et l'avance des frais. Sur ce dernier point il faut remarquer que la caution n'est pas tenue de faire l'offre des frais; mais si elle n'y est pas obligée, l'on voit qu'elle a grand intérêt à offrir spontanément l'avance. En effet, le créancier n'est légalement obligé à discuter les biens que si les frais lui ont été avancés, et il n'est responsable du défaut de poursuites que sous cette condition. Quand la caution a satisfait à la loi, le créancier est tenu de discuter les biens qui lui ont été indiqués. S'il y a des biens qui ne lui ont pas été indiqués, il n'est pas responsable pour ne les avoir pas discutés; de sorte que la caution a aussi intérêt à indiquer tous les biens du débiteur.

Quant à la responsabilité que le créancier encourt s'il ne fait pas les poursuites, l'article 2024 dit qu'il est responsable jusqu'à concurrence des biens indiqués, bien entendu de la valeur libre de ces biens, et déduction faite des frais que la poursuite aurait entraînés. La responsabilité est toujours limitée par le préjudice qui résulte de l'inexé-

cution de l'obligation; c'est à la caution de prouver quel est ce préjudice, c'est-à-dire ce que la discussion des biens aurait produit : elle reste tenue de l'excédant, s'il y en a. Il va sans dire que le bénéfice de discussion ne décharge pas la caution; Tronchet en a fait la remarque, et la chose est évidente; si les biens du débiteur ne suffisent pas à l'acquittement de la dette, la caution est forcée de compléter le payement.

218. La cour de cassation a fait l'application de l'article 2024 dans une espèce qui présentait un léger doute; pour mieux dire, les lois sont claires, c'est la mauvaise interprétation qu'on leur donne qui a fait porter l'affaire jusque devant la cour de cassation. Dans l'espèce, la caution avait requis la discussion d'une maison grevée d'une hypothèque spéciale et de deux pièces de terre, non hypothéquées; le créancier ayant restreint la discussion à la maison, la cour de Pau le déclara responsable du défaut de poursuite. Devant la cour de cassation on soutint que l'arrêt attaqué avait violé l'article 2209, qui porte : « Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués. » La cour répond que la question à résoudre était décidée, non par l'article 2209, mais par l'article 2024. En effet, il ne s'agissait pas d'un créancier hypothécaire qui exproprie son débiteur et qui se trouve en conflit avec des créanciers personnels : c'est là le cas de l'article 2209. Il s'agissait de l'obligation que la loi impose au créancier de discuter les biens du débiteur principal quand la caution en demande la discussion : c'est le cas de l'article 2024, et cet article veut que la caution indique tous les biens du débiteur, sans distinguer entre les biens hypothéqués et les biens non hypothéqués, et le créancier est obligé de discuter tous les biens dont la caution a fait l'indication. Le pourvoi, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 2209, en faisait lui-même une fausse application.

(1) Rejet, 8 avril 1835 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 202).

§ II. *Du bénéfice de division.*

Nº 1. LE PRINCIPE.

219. Plusieurs personnes se rendent cautions du même débiteur pour une même dette. L'obligation de payer la dette se divise-t-elle entre les cofidéjusseurs? L'article 2025 dispose que les cautions sont obligées chacune à toute la dette. Néanmoins, dit l'article 2026, chacune d'elles peut exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution. Ainsi la division de l'obligation entre les cofidéjusseurs ne se fait pas de plein droit, elle n'a lieu que sur la demande de la caution poursuivie par le créancier. La caution peut être actionnée pour le tout, mais elle a le droit d'exiger que le créancier divise son action; c'est ce qu'on appelle le bénéfice de division.

Les dispositions des articles 2025 et 2026 dérogent aux principes généraux qui régissent les obligations contractées par plusieurs personnes. Quand plusieurs débiteurs principaux s'obligent conjointement pour une dette, ils ne sont tenus chacun que pour sa part, à moins qu'il n'y ait stipulation de solidarité. La division entre les débiteurs d'une même dette se fait donc de plein droit, tandis que, entre cofidéjusseurs, la division est un bénéfice qui n'a lieu que si la caution le requiert. C'est le principe traditionnel. Pothier constate la différence que nous venons de signaler entre les codébiteurs et les cofidéjusseurs, et il en demande la raison. Il répond qu'il est de la nature du cautionnement que la caution s'oblige à tout ce que doit le débiteur principal; par conséquent chacune des cautions est censée contracter cet engagement, à moins qu'elle ne déclare expressément qu'elle ne s'oblige que pour partie. Il nous semble que c'est répondre à la question par la question. On demande pourquoi les cofidéjusseurs sont tenus chacun pour le tout, alors que les codébiteurs ne sont tenus que pour leur part et portion, et l'on répond que chaque caution est obligée pour le tout, parce que cela résulte de la nature

du cautionnement. Sans doute, quand il n'y a qu'une caution, elle répond de toute la dette, de même que le débiteur unique doit payer la dette entière; mais lorsqu'il y a plusieurs cautions, pourquoi l'obligation de payer une dette divisible ne se divise-t-elle pas entre elles, comme elle se divise entre les débiteurs principaux? Il est certain que la raison que Pothier emprunte à Vinnius ne répond pas à la question. Domat dit aussi que si plusieurs se rendent caution d'une même dette, chacun répond du tout, parce que chacun promet la sûreté de toute la dette; c'est dire que chaque cofidéjusseur est tenu du tout, parce qu'il est tenu du tout. Domat ajoute que l'obligation des cofidéjusseurs est naturellement *solidaire* entre eux (1). C'est trop dire; il n'y a pas de véritable solidarité entre cautions, comme nous le dirons plus loin. Et si l'on admet la solidarité, il en résulte une nouvelle anomalie. Le premier effet de la solidarité est que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, *sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division*. Cela est de l'essence de la solidarité (art. 1203), tandis que les cofidéjusseurs ont le bénéfice de division. L'obligation des cofidéjusseurs n'est donc pas solidaire; si chacun d'eux est tenu pour le tout, chacun aussi peut demander la division. Ainsi l'obligation des cofidéjusseurs ne diffère qu'en un point de l'obligation des codébiteurs : entre les débiteurs la division est de droit, et entre les cofidéjusseurs elle se fait sur la demande de la caution. Nous demandons la raison de cette différence.

Au conseil d'Etat le principe traditionnel fut adopté sans discussion. Le Tribunat, moins enchaîné à la tradition, se partagea (2); au sein de la section de législation, on demanda que l'on appliquât aux cofidéjusseurs le principe qui régit les codébiteurs, c'est-à-dire la division de l'obligation de plein droit. A l'appui de cette proposition on dit que les cautions ne doivent pas être traitées avec moins de faveur que les débiteurs principaux. Or, chaque obligé est censé

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 415. Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. IV, sect. II, n° 6.
(2) Observations du Tribunat, n° 7 (Locré, t. VII, p. 413).

ne s'être engagé que pour sa part, sauf stipulation de solidarité. N'en doit-il pas être de même de chaque caution? Le projet admettait cette division si les cautions la demandent; on la trouvait donc juste; et si elle est juste, n'est-il pas plus simple de l'établir de plein droit? Si la caution peut obtenir la division quand elle la demande, on ne voit pas pourquoi elle ne l'aurait pas sans la demander; si, au contraire, il répugne que la division ait lieu de plein droit, parce que chaque caution s'est obligée pour le tout, cette raison devrait également empêcher qu'en aucun cas le bénéfice de division ne fût accordé.

Cette argumentation nous paraît irréfutable et, en réalité, on n'y a pas répondu. Que dit-on au Tribunat pour l'opinion que le code a consacrée? C'est la tradition. Soit, mais le principe traditionnel est-il fondé en droit et en raison? En droit, on répond que les cofidéjusseurs diffèrent des débiteurs; quand ceux-ci s'obligent conjointement, ils ne sont censés s'obliger que pour leur part virile, donc divisément; tandis qu'il est de la nature du cautionnement que chaque cofidéjusseur s'oblige pour toute la dette, la définition de l'article 2011 le dit. Non, la loi ne dit pas ce qu'on lui fait dire; elle suppose qu'il n'y a qu'une caution, s'il y en a plusieurs, elles garantissent aussi le payement de toute la dette, mais cette garantie se divise entre eux. Quant au bénéfice de division, dit-on, ce n'est qu'une grâce; on ne peut pas l'invoquer contre le principe. Notre réponse est toujours la même: pourquoi la division n'est-elle qu'une grâce? Nous demandons un motif juridique qui justifie la tradition, et on nous répond par la tradition (1). La question ayant été mise aux voix, il y eut partage, ce qui entraîna le maintien du principe traditionnel.

220. Il reste un doute sur la nature de l'obligation des cofidéjusseurs : sont-ils débiteurs solidaires? Domat les qualifiait ainsi (n° 219); et l'article 2025 semble reproduire la doctrine traditionnelle, en disant que les cautions sont tenues chacune à toute la dette. Néanmoins il faut décider que les cofidéjusseurs ne sont pas tenus solidairement. En

(1) Comparez Delvincourt, t. III, p. 257, note 2.

effet, la définition que l'article 1200 donne de la solidarité ne s'applique pas à l'obligation des cofidéjusseurs. Pour qu'il y ait solidarité, il faut que chaque débiteur puisse être contraint pour la totalité; or, les cofidéjusseurs ne peuvent pas être contraints à payer toute la dette, puisqu'ils ont le droit d'exiger que le créancier divise son action (art. 2026); tandis que, en cas de solidarité, le débiteur actionné par le créancier ne peut pas lui opposer le bénéfice de division (art. 1203).

La situation des cofidéjusseurs est tout à fait anormale. Ils sont obligés chacun à toute la dette, et ils ne peuvent pas être contraints à payer toute la dette. En quel sens sont-ils donc obligés à toute la dette? Pothier répond que chaque fidéjusseur est véritablement débiteur du total de la dette avant que la division ait été prononcée par le juge sur l'exception opposée par la caution; il en résulte que si l'un des fidéjusseurs a payé toute la dette, il n'a aucune répétition à exercer contre le créancier pour les parts de ses cofidéjusseurs, car il a payé ce qu'il devait (1).

Mais l'obligation des cofidéjusseurs ne produit pas les véritables effets de la solidarité. L'article 1203, qui ne permet pas aux codébiteurs solidaires d'opposer le bénéfice de division, n'est pas applicable aux cofidéjusseurs, puisqu'ils jouissent du bénéfice de division. Par suite, les articles 1205, 1206 et 1207 ne sont pas non plus applicables aux cofidéjusseurs; car ces dispositions supposent que chaque débiteur est réellement tenu de toute la dette, tandis que les cautions ne peuvent être contraintes qu'au payement de leur part virile. C'est l'opinion générale (2). Troplong enseigne que les cofidéjusseurs sont tenus *in solidum*; le mot, dit-il, est légal. Et quelle est la loi qui déclare les cofidéjusseurs solidaires? Ce sont les Institutes. Nous croyions que le code civil était notre seule loi. Après cela, Troplong avoue que les cofidéjusseurs ne sont pas de véritables débiteurs solidaires, et que le bénéfice de division leur donne quelque chose de mixte et d'anormal. Puis il ajoute qu'ils

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 426.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 685, note 20, § 426, et les auteurs qu'ils citent.



appartiennent à la classe des débiteurs solidaires, plutôt qu'à la classe des débiteurs ordinaires (1). Que sont-ils en définitive? On ne le sait. Il faut ajouter que le vrai coupable c'est le législateur.

221. L'article 2026 définit le bénéfice de division : chaque cofidéjusseur peut exiger que le créancier divise son action, et la division se fait, comme entre les codébiteurs, pour la part et portion de chaque caution. Comment concilier ce bénéfice avec le principe établi par l'article 2025, d'après lequel chaque caution est obligée à toute la dette? Les orateurs chargés d'expliquer les motifs de la loi sont très-embarrassés quand il s'agit de justifier le bénéfice de division. Treilhard dit, dans l'Exposé des motifs : « Les cautions, sans contredit, sont tenues de toute la dette. Il suit bien de là que si, parmi plusieurs cautions, une seule se trouvait solvable, elle supporterait la totalité de la charge; mais, si plusieurs cautions sont en état de payer, pourquoi le créancier ne demanderait-il pas sa part à chacune? Il a voulu assurer son payement, il ne court aucun risque quand plusieurs des cautions sont solvables; la division de l'action ne lui porte, dans ce cas, aucun préjudice, et on a pu l'admettre sans blesser l'objet du cautionnement (2). » L'orateur du gouvernement se place sur le terrain de l'intérêt pour expliquer une règle de droit; cela n'est pas logique. C'est aux parties contractantes de veiller à leurs intérêts; la loi doit déterminer les conséquences qui résultent de la nature des conventions. A ce point de vue, la division de l'obligation entre les fidéjusseurs est plus qu'un bénéfice, c'est le droit commun. Ainsi considérée, la division s'explique d'elle-même; tandis que, dans le système du code, la division est une exception, et l'exception est une anomalie inexplicable. Chabot se borne à dire, dans son rapport au Tribunat, que le bénéfice de division ne cause aucun préjudice au créancier. Cela est vrai, mais la conséquence logique devait être de la consacrer comme droit commun, sauf au créancier à stipuler la solidarité si le droit commun ne lui offrait pas une suffisante garantie.

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 290.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 15 (Locré, t. VII, p. 418).

N° 2. CONDITIONS DU BÉNÉFICE DE DIVISION.

222. La division est un bénéfice, donc une exception que la caution doit opposer au créancier. Celui-ci a le droit d'agir pour le tout contre chaque caution en vertu du principe que les cautions sont obligées chacune à toute la dette (art. 2025), sauf à la caution actionnée d'opposer l'exception de division. Tant que le créancier n'agit point, les cautions restent sous l'empire de ce principe. Donc, avant l'action et avant l'exception opposée à l'action, chaque caution est débitrice de toute la dette. Le rapporteur du Tribunat le dit, et cela est d'évidence. Il suit de là que la caution ne serait pas admise, avant toute poursuite judiciaire, d'offrir le payement de sa part dans la dette; le créancier pourrait refuser des offres partielles; en effet, celui qui fait des offres doit offrir ce qu'il doit (art. 1258, 3°), et la caution doit toute la dette (1). Il suit du même principe que si l'une des cautions devient insolvable avant que le bénéfice de division ait été opposé, la perte résultant de l'insolvabilité retombe sur les cautions solvables; c'est ce que dit le deuxième alinéa de l'article 2026; il n'en est pas de même si l'insolvabilité survient après la division, car la division a pour effet que la caution n'est plus débitrice que de sa part virile dans la dette.

223. Quelles sont les conditions requises pour que la caution jouisse du bénéfice de division? L'article 2026 n'en prescrit qu'une seule, c'est que la caution exige que le créancier divise son action. La loi ne dit pas, comme elle le fait pour le bénéfice de discussion, que la caution doit opposer le bénéfice sur les premières poursuites dirigées contre elle. Pothier donne la raison de cette différence; l'exception de division, dit-il, tient plus des exceptions péremptoires que des exceptions dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidéjusseurs. La caution

(1) Chabot, Rapport, n° 18 (Locré, t. VII, p. 425. Pont, t. II, p. 105, n° 195).

peut demander la division jusqu'à ce qu'elle ait été condamnée. Mais elle ne peut plus l'exiger, une fois que la sentence est prononcée. En se laissant condamner pour le tout, sans se prévaloir du bénéfice de division, la caution y renonce implicitement; en effet, elle doit exiger la division pour jouir du bénéfice; si elle ne l'exige pas, elle reste, ce qu'elle est de droit, débitrice du total, et, condamnée en cette qualité, elle doit payer. Cela suppose que le jugement est passé en force de chose jugée. Si la caution interjette appel, le jugement est anéanti, et, par suite, les droits de la caution restent entiers; elle pourra donc, en appel, opposer le bénéfice de division, comme elle peut opposer toute exception péremptoire. C'est l'opinion commune (1).

Que faut-il décider si le créancier agit contre la caution, en vertu d'un titre exécutoire, sans recourir à la justice? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Les uns disent que la caution peut se prévaloir du bénéfice de division tant qu'elle n'a pas payé toute la dette. D'autres ajoutent une restriction; d'après eux, la caution ne serait plus recevable à opposer la division après la vente de ses biens (2). Il nous semble que les deux décisions sont trop absolues. Pourquoi admet-on que la caution poursuivie par le créancier peut opposer le bénéfice de division jusqu'à la sentence du juge? C'est parce que l'on suppose que la caution maintient tous ses droits en se défendant contre l'action du créancier. Mais la caution peut renoncer à un droit qui n'est qu'une faveur; elle peut renoncer, en principe, jusqu'à ce qu'elle ait payé ou qu'elle ait été condamnée à payer; toutefois avec une restriction, c'est que sa défense n'implique pas une renonciation. En ce sens, la question de renonciation est de fait plutôt que de droit; le juge décidera d'après les agissements de la caution. Seulement il y a une limite à laquelle la renonciation devient impossible, c'est celle du payement ou de la condamnation passée en force de chose jugée.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 425. Duranton, t. XVIII, p. 367, n° 348. Pont, t. II, p. 106, n[os] 198 et 200.
(2) Voyez, en sens divers, Ponsot, p. 244, n° 222. Duranton, t. XVIII, p. 368, n° 348, et Pont, t. II, p. 108, n° 201



224. La loi n'exige pas que la caution qui oppose le bénéfice de division fasse l'avance des frais que le créancier devra faire en agissant contre les autres fidéjusseurs. Quelle est la raison de la différence que la loi fait, sous ce rapport, entre l'exception de division et le bénéfice de discussion? Elle tient à la nature des deux exceptions. La dernière est une exception dilatoire; elle a lieu uniquement dans l'intérêt de la caution, et elle déroge au droit strict du créancier; il est donc juste que la caution fasse l'avance des frais. L'exception de division, au contraire, est péremptoire, le créancier n'a plus d'action contre le fidéjusseur qui la lui oppose que pour sa part virile; à vrai dire, c'est un droit pour la caution plutôt qu'un bénéfice; il eût été injuste d'obliger la caution à avancer les frais d'une poursuite qui lui est tout à fait étrangère (1).

225. L'article 2026 porte que la caution peut opposer le bénéfice de division, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce bénéfice. Elle y peut renoncer, puisque c'est une faveur que la loi lui accorde. La renonciation expresse est usuelle dans les actes de cautionnement. Elle peut aussi être tacite. C'est le droit commun (n° 206). Quand les cautions s'obligent solidairement, elles renoncent par cela même au bénéfice de division (art. 1203). Cela prouve que les cofidéjusseurs ne sont pas solidaires par le fait seul du cautionnement.

226. Le créancier, de son côté, peut renoncer pour le tout à l'action qu'il a contre les cautions. Cette renonciation, comme toute renonciation, peut être expresse ou tacite. L'article 2027 prévoit un cas de renonciation tacite: « Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division. » Le créancier avait le droit d'agir pour le tout; s'il agit contre le cofidéjusseur pour sa part virile, par cela même il renonce à son action pour le total. Il ne faut pas confondre le cas prévu par l'article 2027 avec la renonciation à la solidarité dont il est question dans l'article 1211. Quand il y a solidarité, la loi ne se contente pas d'une action divisée pour

(1) Pont, t. II, p. 106, n° 197, et les auteurs qu'il cite.

admettre la renonciation; elle exige un acquiescement du débiteur, ou un jugement de condamnation; tandis qu'à l'égard des cofidéjusseurs l'action divisée du créancier suffit pour emporter renonciation. La raison de cette différence tient à ce que les cofidéjusseurs ne sont pas des débiteurs solidaires; et, étant des débiteurs non solidaires, ils devraient, d'après le droit commun, être des débiteurs divisés; en divisant son action, le créancier revient donc à la division de droit qui devrait exister entre cofidéjusseurs; il ne fait que prévenir l'exception que le fidéjusseur n'aurait pas manqué de lui opposer. Le législateur devait admettre facilement la renonciation du créancier à un droit qui, en réalité, n'en est pas un, puisque la caution peut le mettre à néant en opposant son bénéfice. Il en est tout autrement lorsque le créancier a stipulé la solidarité; il ne l'a pas stipulée pour y renoncer; la loi devait donc admettre difficilement sa renonciation à un droit qui est un élément essentiel du contrat.

Si les cofidéjusseurs étaient réellement débiteurs solidaires, comme le dit Domat, suivi par Troplong (n° 220), l'article 2027 serait une anomalie inexplicable. Dans l'opinion commune, l'apparente contradiction disparaît; l'article 2027 et l'article 1211 prévoyant des hypothèses diverses, il est naturel que la solution soit différente. Si les cautions s'obligeaient solidairement, elles ne pourraient plus se prévaloir de l'article 2027; l'article 1211 leur serait applicable, puisque, d'après l'article 2021, l'engagement solidaire des cautions se règle par les principes que le code a établis pour les dettes solidaires. Le créancier ne serait donc pas censé renoncer à son action solidaire, par cela seul qu'il aurait formé une demande contre l'un des cofidéjusseurs *pour sa part*; il faudrait de plus que le défendeur eût acquiescé à la demande, ou qu'il fût intervenu un jugement de condamnation (1).

N° 3. EFFET DE LA DIVISION.

227. Pothier détermine l'effet de l'exception de division

(1) Duranton, t. XVIII, p. 365, n° 347. Aubry et Rau, t. IV, p. 685, note 12, § 426. Pont, t. II, p. 115, nos 218-220.

en ces termes : « Le juge divisera la dette entre les fidéjusseurs qui sont solvables, et restreindra à la part du fidéjusseur qui a opposé la division la demande qui a été donnée contre lui. » Le bénéfice de division a donc une grande importance en ce qui concerne le risque de l'insolvabilité. Avant que l'exception ait été opposée, chacun des cofidéjusseurs est débiteur du total de la dette; si l'un d'eux devient insolvable, les autres restent tenus de l'insolvabilité. L'article 2026 reproduit la doctrine de Pothier. Il importe donc de fixer le moment précis jusqu'auquel les cautions supportent le risque de l'insolvabilité de l'une d'elles. L'article 2026 le dit : c'est le moment où la division est *prononcée* par le juge. Ainsi, jusqu'à la sentence, les cautions solvables sont tenues de l'insolvabilité. A partir de la sentence, les cautions ne peuvent plus être recherchées à raison des insolvabilités survenues depuis la division. C'est une conséquence du principe qui régit l'exception de division. La division n'existe pas de droit; de là suit que, jusqu'au jugement qui la prononce, les cautions sont tenues chacune pour le tout. C'est là l'avantage qui résulte, pour le créancier, du principe établi par l'article 2025. A partir de la sentence qui divise la dette, la caution n'est plus débitrice que de sa part virile, et, s'il y a lieu, de la part qu'elle doit supporter dans les insolvabilités antérieures; quant aux insolvabilités qui surviendraient, le créancier les supporte, puisqu'il a autant de débiteurs distincts qu'il y a de cautions (1).

228. Quand c'est le créancier qui divise volontairement son action, l'article 2027 dispose qu'il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a consentie, des cautions insolvables. Il résulte de là qu'il y a une différence importante entre l'effet du *bénéfice de division* opposé par la caution et l'effet de la *division qui résulte de la volonté* du créancier. Le bénéfice de division ne décharge les cautions du risque de l'insolvabilité qu'à partir de la sentence qui l'a prononcée; tandis que la division volontaire met toutes les insolvabi-

(1) Pothier. *Des obligations*, n° 426. Pont, t. II, p. 113, n° 211.

lités, même antérieures à la demande, à charge du créancier. Quelle est la raison de cette différence? Le créancier qui divise son action spontanément, alors qu'il y a une caution insolvable, renonce au droit que lui donne cette insolvabilité. C'est en ce sens que l'article 2027 dit : « Si le créancier a divisé *volontairement* son action. » Le mot *volontairement* implique que le créancier agit en connaissance de cause, sachant qu'il y a une insolvabilité; dès lors on ne peut donner d'autre sens à son action divisée que l'intention de renoncer à l'action pour le tout qui lui appartient; les cautions ne sont donc plus que des débiteurs divisés, tenus chacun de sa part virile (1). Si le créancier n'avait pas connaissance de l'insolvabilité, il faudrait dire qu'il conserve le droit de réclamer contre les cautions la part de l'insolvable; car il n'y a pas de renonciation sans volonté de renoncer, et cette volonté ne se comprend que si le créancier sait qu'il y a des insolvables.

229. La division se fait-elle entre tous ceux qui sont cautions? En principe, oui, pourvu que, comme le dit l'article 2025, elles soient cautions du même débiteur et de la même dette. De là suit que la division n'a lieu qu'entre les cautions principales. Le fidéjusseur poursuivi par le créancier ne pourrait pas demander que l'action fût divisée entre lui et son certificateur, car il est lui-même un débiteur principal à l'égard de son certificateur; celui-ci est caution de la caution, il n'est pas caution du débiteur principal (2).

Deux débiteurs d'une dette solidaire donnent chacun une caution différente; la caution de l'un d'eux ne peut pas demander que l'action soit divisée entre elle et la caution de l'autre débiteur solidaire (3). Les deux cautions ont, à la vérité, cautionné la même dette, puisque la dette de l'un des codébiteurs solidaires est la dette de l'autre; mais elles n'ont pas cautionné le même débiteur, puisque les deux débiteurs solidaires sont des personnes différentes, et tenus en vertu d'un lien différent. Vainement dit-on que tous les

(1) Pont, t. II, p. 116, n° 222.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 418.
(3) Pont, t. II, p. 111, n° 209, d'après Pothier, *Des obligations*, n° 419. En sens contraire, Troplong, nos 306 et 307.



débiteurs solidaires ne sont considérés que comme un seul et même débiteur; cela est vrai, en un certain sens, à l'égard du créancier, mais cela n'est pas vrai en ce qui concerne les rapports des codébiteurs entre eux, ni en ce qui concerne leurs rapports avec les cautions.

230. La division se fait-elle à l'égard de la caution dont le cautionnement est nul? Il faut distinguer si le cautionnement est nul, c'est-à-dire annulable, ou s'il est nul de plein droit, c'est-à-dire inexistant. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a aucune difficulté. Quand le cautionnement n'existe pas aux yeux de la loi, pour absence de consentement par exemple, il n'y a pas de caution, et il ne peut être question de diviser l'action à l'égard de celui qui n'a pas cautionné la dette. Le cautionnement nul, au contraire, existe; la division peut donc se faire ; mais si, sur l'action du créancier, la caution opposait la nullité de son engagement, le créancier aurait un recours contre les autres cautions; en effet, le cautionnement annulé est considéré comme n'ayant jamais existé; or, la division n'a lieu qu'entre cautions qui répondent chacune de la dette; donc on ne peut pas tenir compte de la caution dont l'engagement a été annulé (1).

SECTION II. — De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

§ Ier. *De l'action personnelle de la caution contre le débiteur.*

231. Aux termes de l'article 2028, « la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. » Quand c'est au su du débiteur que le fidéjusseur l'a cautionné, le consentement du débiteur et de la caution ont formé le contrat de mandat, soit que le consentement ait été exprès ou tacite. C'est l'application des principes qui régissent le mandat : il peut être tacite, et il l'est quand,

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 424. Pont, t. II, p. 109, n° 208.

au moment où la caution s'engage pour le débiteur, celui-ci sait qu'elle s'engage et ne s'y oppose pas; le code dit *au su* du débiteur; Pothier dit au *su et au gré,* ce qui est plus exact; c'est la traduction de la règle romaine : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.*

Si la caution s'engage à l'insu du débiteur, il n'y a plus de mandat, puisqu'il n'y a plus de concours de consentement. Il se forme, dans ce cas, un quasi-contrat de gestion d'affaires; la caution gère volontairement l'affaire du débiteur, elle doit donc avoir contre lui l'action de gestion d'affaires (1). Il y a des différences entre le mandat et la gestion d'affaires; nous les avons signalées ailleurs (t. XX, n°s 310-319). En ce qui concerne le recours de la caution contre le débiteur, il n'y a pas de différence entre l'action de mandat et l'action de gestion d'affaires; l'article 2028 met les deux actions sur la même ligne; elles produisent donc le même effet. Chabot en fait la remarque dans son rapport au Tribunat. Le cautionnement, dit-il, est, de la part de la caution envers le débiteur, un acte de bienfaisance; le débiteur doit donc indemnité entière à la caution, lors même que le cautionnement a été donné à son insu (2). Il faudrait dire que la gestion d'affaires est plus favorable encore que le mandat; dans le cas de mandat, la caution intervient sur la demande et à la sollicitation du débiteur; tandis qu'elle prend l'initiative en agissant spontanément; le service étant plus grand, il est juste que le débiteur lui en tienne compte, en l'indemnisant complétement, comme si un contrat était intervenu entre les parties. Il est vrai que le cautionnement peut n'être pas gratuit; le débiteur peut payer le service qu'on lui rend, ce qui suppose un contrat, le mandat salarié; quant à la gestion d'affaires, elle est régulièrement gratuite. L'article 2028 ne distingue pas entre le cautionnement gratuit et le cautionnement qui se donne à titre onéreux. Il faut donc décider que, dans toute hypothèse, la caution a droit à une indemnité complète.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 429.
(2) Chabot, Rapport, n° 19 (Locré, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 119, n° 227.

232. Quel est l'objet du recours qui appartient à la caution contre le débiteur? Le recours a lieu d'abord pour le principal (art. 2029), c'est-à-dire pour tout ce que la caution a dû payer au créancier; si elle a dû payer des intérêts, ces intérêts forment, à son égard, une somme principale, aussi bien que le capital de la dette; c'est seulement à l'égard du débiteur que l'on distingue entre le capital et les intérêts; à l'égard de la caution, tout ce qu'elle doit payer est une dette principale. Si le recours s'étend à tout ce que la caution a payé, il est aussi limité au payement de ce qu'elle a déboursé. Le recours est une action en indemnité; la caution a droit à une indemnité entière (n° 231), mais elle n'a droit qu'à une indemnité; si elle a payé en papier-monnaie, elle ne peut réclamer que la valeur réelle qu'avait le papier-monnaie au moment du payement (1).

233. L'article 2029 porte que la caution a un recours tant pour le principal que pour les intérêts. Si par *principal* on entend ce que la caution a déboursé pour le débiteur, on doit entendre par intérêts les intérêts des avances qu'elle a faites. Lors donc que le débiteur devait une somme capitale et des intérêts, la caution a droit aux intérêts, non-seulement du capital, mais aussi des intérêts. La cour de Toulouse l'a jugé ainsi, et cela ne fait aucun doute. On objectait que les intérêts ne peuvent produire des intérêts que sous les conditions déterminées par l'article 1154. L'objection confondait l'obligation du débiteur et celle de la caution; à l'égard du débiteur, on distingue les intérêts du capital, et on applique, s'il y a lieu, l'article 1154; mais, à l'égard de la caution, il n'y a pas à distinguer, tout ce qu'elle est tenue de payer pour le débiteur forme, à son égard, une dette capitale, et elle a droit aux intérêts de cette dette (2).

Il y a une légère difficulté en ce qui concerne le moment à partir duquel les intérêts sont dus à la caution. D'après le droit commun, les intérêts ne courent qu'à partir du jour

(1) Ponsot, *Du cautionnement*, p. 263, n° 234.
(2) Toulouse, 4 février 1829 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 241). Duranton, t. XVIII, p. 374, n° 352, et tous les auteurs.

de la demande judiciaire. Cette règle s'applique-t-elle à la caution? La négative est certaine quand la caution s'oblige en vertu d'un mandat; on lui applique, dans ce cas, l'article 2001, d'après lequel « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées ». En est-il de même quand la caution s'est engagée comme gérant d'affaires? Si l'on s'en tenait à l'article 2001, la question serait au moins douteuse; nous avons enseigné que le gérant d'affaires ne peut pas se prévaloir de la disposition exceptionnelle de l'article 2001 (t. XX, n° 330); si donc la difficulté devait être décidée par cet article, il faudrait se prononcer contre la caution. A notre avis, l'article 2028 lève tout doute. En disant que la caution a droit aux intérêts, la loi entend les intérêts de ses avances, puisque la loi les lui attribue; on doit en conclure qu'ils courent de plein droit. Le rapport de Chabot, que nous avons cité (n° 231), confirme l'interprétation que nous donnons au texte. Il pose en principe que le débiteur doit une indemnité *entière* à la caution, lors même que le cautionnement a été donné à son insu; donc l'intention du législateur a été de mettre la gestion d'affaires sur la même ligne que le mandat; c'est en ce sens que l'article 2028 dit que le recours de la caution a lieu tant pour les intérêts que pour le principal. C'est l'opinion généralement suivie (1).

234. L'article 2028 porte que la caution a aussi un recours pour les frais. Il peut y avoir deux espèces de frais, ceux que le créancier a faits contre le débiteur principal et ceux qu'il a faits contre la caution. Quant aux premiers, ils sont compris dans la dette principale que la caution est tenue d'acquitter; en effet, cette dette comprend d'abord tout ce que le débiteur doit en principal et intérêts, puis les frais que le créancier a été obligé de faire contre le débiteur, lorsque celui-ci ne paye point sa dette. Seulement la loi veut que le créancier dénonce la poursuite à la caution; et elle décide, en conséquence, que la caution doit payer les frais de la première demande et les

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. IV, p. 689, note 12, § 427.

frais postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution. Nous renvoyons, sur ces frais, à ce qui a été dit sur l'article 2018. Quant aux frais que le créancier fait contre la caution, l'article 2028 porte : « La caution n'a de recours *que* pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. » Delvincourt a, le premier, fait la remarque qu'il y a une négligence de rédaction dans cette disposition; au lieu de dire que la caution n'a de recours *que* pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé les poursuites, il faut dire que la caution n'a de recours, pour les frais par elle faits, *que* depuis qu'elle a dénoncé les poursuites. La rédaction du code semble dire que la caution n'a pas de recours pour les frais faits par le créancier contre le débiteur principal; ce qui est une erreur évidente, puisque l'article 2016 dit le contraire. La loi veut que la caution dénonce au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle, parce que le débiteur est intéressé à les arrêter en payant la dette, afin d'éviter des frais inutiles. Si la caution ne fait pas cette dénonciation, elle est en faute; et, par suite, elle ne pourra pas réclamer les frais contre le débiteur, sauf ceux de la première demande formée contre elle et les frais de la dénonciation tardive; ce sont là des frais nécessaires qui doivent par cela même être à la charge du débiteur (1).

235. L'article 2028 ajoute que « la caution a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu ». La loi dit *s'il y a lieu*, parce qu'il est de principe élémentaire qu'il n'y a lieu à dommages-intérêts que si un dommage a été causé; et il se peut que la caution n'ait souffert aucun dommage, elle n'a droit alors qu'à être complétement indemnisée de ses avances. Mais si elle a éprouvé un préjudice, elle a droit à une réparation; par exemple, elle a dû se procurer, à un intérêt très-élevé, les fonds nécessaires pour payer la dette : l'intérêt légal auquel elle a droit en vertu de l'article 2028 ne l'indemniserait pas entièrement, et elle doit être complétement indemnisée.

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 123, nos 239 et 240, et les auteurs qu'il cite.



L'article 1153 prévoit le cas où les intérêts légaux ne suffiraient pas pour indemniser la caution du dommage qu'elle éprouve; après avoir établi comme règle que, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts qui résultent du retard dans l'exécution ne consistent *jamais* que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, l'article ajoute : « sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. » C'est par application de cette réserve que l'article 2028 donne droit à la caution, d'abord aux intérêts de ses avances et puis aux dommages-intérêts (1). A vrai dire, ces dommages-intérêts ne sont pas des intérêts moratoires, ce sont des intérêts qui compensent le dommage que la caution souffre du cautionnement; il n'y a donc pas exception à la règle établie par l'article 1153, c'est plutôt une cause différente d'indemnité.

236. La caution a-t-elle le recours déterminé par l'article 2028 lorsqu'elle a cautionné le débiteur malgré lui? On a eu raison de dire que la question est assez oiseuse. Il y a déjà imprudence à se porter caution, sur la prière du débiteur, car qui cautionne paye; il ne se trouvera guère une personne assez imprudente pour rendre ce service au débiteur malgré lui. Toutefois les auteurs discutent tous la question, et il faut en dire un mot. A notre avis, la caution n'aurait aucun recours. L'article 2028, qui accorde une action à la caution, suppose qu'il y a mandat ou gestion d'affaires, c'est-à-dire qu'il existe un lien juridique entre le débiteur et la caution; quand la caution n'est ni mandataire ni gérant d'affaires, de quel droit exercerait-elle une action contre le débiteur? Les uns disent qu'il y a gestion d'affaires; cela n'est pas admissible; nous renvoyons à ce qui a été dit sur les quasi-contrats (t. XX, n°s 336-338). D'autres disent que la caution a l'action *de in rem verso*; cela est très-douteux; le débiteur qui s'oppose à ce que la caution intervienne pour lui s'oppose par cela même à ce que la caution agisse contre lui. Vainement invoque-t-on l'équité et la maxime que personne ne peut s'enrichir aux

(1) Duranton, t. XVIII, p. 372, n° 351, et tous les auteurs.

dépens d'autrui; la première règle d'équité veut qu'on ne se mêle pas des affaires d'autrui, malgré le maître. Il n'y aurait pas même de libéralité, comme on le prétend, car la donation exige le concours de consentement des deux parties; et, dans l'espèce, le débiteur refuse. En définitive, il y a un fait tout à fait anormal, à raison duquel la loi ne donne pas d'action (1).

237. Quelle est la condition sous laquelle la caution a droit à un recours contre le débiteur? L'article 2028 répond qu'elle a un recours quand elle a *payé;* c'est donc le payement qui est le principe de son action récursoire. Le mot *payer* doit être pris dans son sens le plus large; dès que la caution a satisfait à l'obligation du débiteur d'une manière quelconque, elle a un recours contre lui; il suffit que le débiteur soit libéré par le fait de la caution, quand même elle n'aurait pas fait un payement proprement dit. La caution, poursuivie par le créancier, peut lui opposer la compensation de ce que le créancier lui doit; la caution est libérée dans ce cas, et elle libère le débiteur; or, compenser, c'est payer; donc la caution a un recours contre le débiteur. Il en serait de même si le créancier avait consenti à libérer le débiteur en faisant novation avec la caution (2).

Que faut-il dire de la remise de la dette? Si la remise est faite à titre onéreux, ce n'est autre chose qu'une dation en payement ou une novation; dans l'une et l'autre hypothèse, il y a lieu à recours. D'ordinaire on entend par remise la libération à titre gratuit. Il faut voir alors si le créancier a voulu éteindre la dette à l'égard du débiteur et de la caution; dans ce cas, il ne peut être question de recours. Mais si le créancier a entendu faire une libéralité à la caution, celle-ci aura un recours contre le débiteur prin-

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau (t. II, p. 689 et suiv., notes 14 et 15, § 427), et par Pont (t. II, p. 125, n° 245).

(2) Rejet, 7 mars 1876 (Dalloz, 1876, 1, 350). Dans l'espèce, le débiteur principal était tombé en déconfiture, ce qui rendait la dette exigible. La caution obtint sa libération en convenant avec le créancier que la créance qui ne rapportait pas d'intérêts en produirait désormais. Il a été jugé que la caution avait un recours contre le débiteur, non-seulement pour la dette principale, mais aussi pour les intérêts promis par la caution pour libérer le débiteur.

cipal, car elle libère celui-ci moyennant la donation qu'elle a reçue; c'est comme si elle avait payé la somme due par le débiteur, et qu'ensuite le créancier lui eût rendu les deniers qu'il a reçus (1).

238. Pour que la caution qui a payé ait un recours, il faut qu'elle ait payé, comme le débiteur lui-même aurait dû le faire. Le rapporteur du Tribunat formule le principe en ces termes : « La caution ne peut nuire aux droits du débiteur. » Chabot donne comme exemples : si la caution payait avant que l'obligation fût échue, elle ne pourrait exercer son recours qu'à l'échéance; et si elle payait au delà de ce qui était dû, elle ne pourrait répéter l'excédant de la dette (2).

Pothier déduit une autre conséquence du même principe : la caution doit opposer au créancier les exceptions que le débiteur pouvait faire valoir contre la demande. Elle a cautionné un prix de vente et l'acheteur est évincé; si la caution poursuivie par le vendeur a connaissance de l'éviction, elle doit opposer l'exception que le débiteur avait le droit d'opposer, sinon elle n'aura pas de recours, car elle payerait une dette qui n'existe pas. Si elle n'oppose pas l'exception, parce qu'elle n'avait pas connaissance de l'éviction, elle aura un recours, parce que l'acheteur évincé aurait dû l'avertir de l'éviction; n'étant pas avertie, la caution a payé parce qu'elle s'est crue obligée de le faire.

Que faut-il décider si la dette était prescrite? Pothier répond que la caution n'est pas obligée d'opposer la prescription, parce que cela peut répugner à sa conscience; mais, dans ce cas, elle devra mettre le débiteur en cause, car c'est un droit pour lui de se prévaloir de la prescription, et c'est à lui de juger s'il veut user de son droit (3).

239. La caution qui paye la dette doit avoir soin d'avertir le débiteur principal du payement qu'elle a fait; nous entendons toujours par payement toute extinction de l'obligation principale qui donne à la caution un recours contre le débiteur. Si la caution n'avertit point le débiteur, elle

(1) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 126, n° 232, et les auteurs cités.
(2) Chabot, Rapport, n° 21 (Locré, t. VII, p. 426).
(3) Pothier, *Des obligations*, n°s 433 et 434.

est responsable des suites de sa négligence. C'est ce que dit l'article 2031 : « La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du payement par elle fait, sauf son action en répétition contre le créancier. »

Il résulte de cette disposition que la caution doit toujours avertir le débiteur du payement qu'elle a fait, sans distinguer si elle paye après avoir été poursuivie ou avant toute poursuite et volontairement. Le deuxième alinéa de l'article 2031 fait cette distinction, nous y reviendrons; le premier est conçu en termes généraux; en effet, il n'y avait aucun motif de distinguer. Que le payement fait par la caution soit volontaire ou forcé, peu importe; dans l'un et l'autre cas, le débiteur l'ignore, si la caution a négligé de l'en avertir. Et l'on ne peut pas objecter que le débiteur doit, avant de payer, s'informer si la caution n'a pas déjà payé, car régulièrement le créancier s'adresse au débiteur avant d'actionner la caution; le débiteur poursuivi doit donc croire que la dette n'est pas payée.

La caution poursuivie par le créancier doit dénoncer les poursuites au débiteur principal, si elle veut avoir un recours contre lui pour les frais auxquels la demande donne lieu. Si elle a fait cette dénonciation, devra-t-elle, en outre, avertir le débiteur du payement? L'affirmative nous paraît certaine; elle résulte des termes généraux de l'article 2031, qui ne distingue pas si l'avertissement prescrit par l'article 2029 a eu lieu ou non. Toutefois il nous semble que dans le cas où la caution aurait dénoncé les poursuites au débiteur, sans l'avertir du payement, on ne pourrait plus de plein droit rendre la caution responsable si le débiteur payait après que la caution aurait payé. Il y a aussi, dans ce cas, une imprudence à reprocher au débiteur qui, sachant qu'il y a des poursuites, paye sans s'informer du résultat des poursuites. Il y aurait donc faute des deux parts : le juge du fait devrait prendre cette faute réciproque en considération pour décider sur qui doit retomber la responsabilité.

La loi ne dit pas comment doit se faire l'avertissement

qu'elle prescrit. On reste donc dans les termes du droit commun, et quant au mode de porter le fait à la connaissance du débiteur et quant à la preuve de l'avertissement. Duranton dit que la preuve testimoniale serait admise indéfiniment, c'est-à-dire quel que fût le montant du litige, parce que l'avertissement n'est qu'un simple fait, ou, comme on dit à l'école, un fait matériel (1). Cela nous paraît bien douteux. Un fait que la loi ordonne est un fait légal, donc un fait juridique, et ce fait a des conséquences juridiques : la caution a son recours si elle a averti le débiteur du payement qu'elle a fait, tandis qu'elle n'a point de recours contre le débiteur quand elle ne l'a pas averti. Cela est décisif.

Si la caution n'a pas averti le débiteur, et si celui-ci paye une seconde fois la dette, quelle en sera la conséquence? Au moment où le débiteur paye, la dette est éteinte; il fait donc un payement indû, et, par suite, il a l'action en répétition contre le créancier. C'est donc lui qui devrait agir. L'article 2031 déroge au droit commun : le débiteur est libéré à l'égard de la caution, et c'est celle-ci qui doit agir en répétition; de sorte que c'est sur la caution que retombent les embarras du procès et le risque de l'insolvabilité du créancier; ce qui est très-juste; elle a été négligente, c'est à elle de supporter les conséquences de sa négligence.

240. Il y a une hypothèse analogue que le code ne prévoit pas. Le débiteur paye sans avertir la caution. Celle-ci, dans l'ignorance où elle est de l'extinction de la dette, paye une seconde fois. Elle fait un payement indû; et elle a, de ce chef, une action en répétition contre le créancier. Mais faut-il aller plus loin, et décider que la caution peut agir par l'action de mandat pour être remboursée de la somme qu'elle a payée, à charge de subroger le débiteur à son action en répétition contre le créancier? Pothier le décidait ainsi conformément au droit romain (2). Dans le silence du code, il nous paraît impossible d'imposer au débiteur une obligation que la loi ne lui impose pas

(1) Duranton, t. XVIII, p. 377, n° 356.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 437.

et de sanctionner cette obligation par une peine civile, celle de supporter le risque de l'insolvabilité du créancier. La cour de Lyon s'est prononcée pour la doctrine traditionnelle, en distinguant toutefois entre le payement fait volontairement par la caution d'une dette éteinte et le payement fait sur la poursuite du créancier. Dans le premier cas, elle a décidé qu'il y avait faute de la part de la caution d'avoir payé spontanément et sans nécessité une lettre de change huit années après son échéance; dans le second cas, elle a déclaré le débiteur responsable pour n'avoir point averti la caution de l'extinction de la dette; l'obligation du débiteur d'avertir la caution, dit la cour, est corrélative à celle que l'article 2031 impose à la caution; la cour en conclut que la caution a une action en indemnité contre le débiteur en vertu de l'article 2001 (1).

Cette décision soulève bien des doutes. Peut-on admettre une obligation légale par analogie? Non. Et s'il y avait obligation légale d'avertir la caution, cette obligation existerait sans distinction entre le cas où la caution paye volontairement et le cas où elle paye sur la poursuite du créancier. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'en fait il peut y avoir une faute imputable à la caution ou au débiteur, et chacun d'eux répondra du dommage qu'il a causé par sa faute (2).

241. L'article 2031 prévoit un second cas dans lequel la caution n'a point de recours contre le débiteur quoiqu'elle ait payé la dette. On suppose qu'elle paye sans être poursuivie, elle n'avertit pas le débiteur et il se trouve que celui-ci avait, au moment du payement, des moyens de faire écarter la demande : la loi décide que, dans ce cas, la caution n'aura pas de recours contre le débiteur principal; elle ne lui donne qu'une action en répétition contre le créancier. Dans la théorie du code, la caution doit avertir le débiteur avant de payer, afin de le mettre à même de faire valoir ses droits contre le créancier. Il est vrai que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions

(1) Lyon, 14 mai 1857 (Dalloz, 1858, 2, 83). Zachariæ et ses éditeurs Aubry et Rau, t. IV, p. 690, note 16, § 427.
(2) Pont, *Des petits contrats*, t. II. p. 129, n° 255.



qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2036); mais elle peut ne pas les connaître, puisqu'elle est étrangère à la dette; il est donc bien naturel qu'elle dénonce les poursuites au débiteur principal; si elle ne le fait pas, elle est en faute et elle en doit supporter les conséquences.

Que faut-il décider si la caution paye sur les poursuites que le créancier dirige contre elle? Si l'on s'en tient au texte, il faut dire que la caution conserve son recours lorsqu'elle est poursuivie et qu'elle est forcée de payer. Telle était aussi l'opinion de Domat : « Si le fidéjusseur, dit-il, étant sommé de payer, acquitte la dette de bonne foi, pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens, et ne sachant pas, ou que le débiteur avait une compensation à faire, ou que même il avait payé, ou qu'il avait d'autres moyens de défense contre le créancier, il ne laissera pas d'avoir son recours; car le débiteur doit s'imputer de n'avoir pas averti le fidéjusseur de ne pas payer (1). » Cela tranche la difficulté : l'article 2031 reproduit la doctrine traditionnelle, et les principes s'opposent à ce que l'on étende une déchéance légale (2). Mais s'il n'y a pas faute légale de la part de la caution et responsabilité en droit, ne doit-on pas tenir compte de la faute qui lui serait imputable d'après le droit commun? L'affirmative nous paraît certaine. Tout ce qu'on peut conclure de l'article 2031, c'est qu'il n'y a pas de responsabilité légale à charge de la caution qui paye sur les poursuites du créancier; mais il peut y avoir une faute à lui reprocher d'après les circonstances de la cause; or, la loi n'entend pas décharger la caution de la responsabilité des fautes qu'elle peut commettre : cette dérogation au droit commun serait inexplicable (3).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, tit. IV, sect. III, § VII.
(2) Troplong, *Du cautionnement*, n[os] 383-386. Ponsot, p. 276, n° 249. Aubry et Rau, t. IV, p. 690, note 17, § 427. En sens contraire, Delvincourt et Duranton.
(3) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 231, n° 258



§ II. *De l'action subrogatoire.*

242. « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur » (art. 2029). Cette disposition est une application du principe établi par l'article 1251, n° 3 : « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » La caution est tenue pour le débiteur principal; non-seulement elle a intérêt à payer la dette, elle peut y être contrainte, et elle doit la payer. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que c'est Dumoulin qui, le premier, a proposé cette subrogation légale; mais quelque grande que fût son autorité, cette opinion ne pouvait pas l'emporter dans l'ancien droit, car il n'appartient pas à l'interprète de créer des cas où la subrogation a lieu de plein droit. Les auteurs du code civil ont donné la sanction de la loi à la doctrine du grand jurisconsulte (t. XVIII, n°s 95 et 96). Il faut donc appliquer à la subrogation de la caution ce que nous avons dit de la subrogation de l'article 1251, n° 3, et de ses effets.

243. La caution a deux actions, une action personnelle, née du mandat ou de la gestion d'affaires, et l'action subrogatoire. Celle-ci est généralement plus favorable, puisqu'elle donne à la caution les garanties qui assurent le payement de la créance, notamment les priviléges et les hypothèques. Toutefois l'action personnelle peut être plus avantageuse que l'action subrogatoire. Si la dette ne produit pas d'intérêts, la caution ne pourra pas les réclamer en vertu de l'action subrogatoire, puisque cette action ne lui donne d'autres droits que ceux qui appartiennent au créancier; tandis que, comme mandataire et, dans l'opinion commune, comme gérant d'affaires, la caution a droit aux intérêts du jour de ses avances. Dans ce cas, l'action personnelle est plus avantageuse, en supposant que le débiteur soit solvable (1).

(1) Mourlon, *Répétitions*, t III, p. 456, n° 1156.

La caution aurait encore intérêt à agir par l'action personnelle, si l'action du créancier était prescrite, et elle se prescrira toujours avant l'action de mandat ou de gestion d'affaires, puisque celle-ci ne prend naissance que du jour où la caution a payé, et elle dure trente ans à partir du payement.

Enfin la caution qui exerce l'action hypothécaire du créancier est soumise, en cas de payement partiel, à la disposition de l'article 1252, tandis que le créancier ne peut pas la lui opposer lorsque la caution agit en vertu de l'action personnelle (1). Nous reviendrons sur ce point.

D'un autre côté, il ne faut pas confondre les conditions requises pour que la caution ait l'action personnelle, et celle qui est requise pour être subrogée. Elle n'a l'action personnelle que lorsqu'elle paye comme mandataire ou gérant d'affaires; dans notre opinion, elle n'a pas d'action quand elle a cautionné malgré le débiteur. Pour l'action subrogatoire, il suffit què la caution se trouve dans les termes des articles 2029 et 1251, n° 3; par cela seul qu'elle est tenue pour le débiteur principal, elle est subrogée au créancier quand elle paye la dette. Pour la subrogation il n'y a pas à considérer les rapports personnels qui existent entre la caution et le débiteur, il suffit qu'elle ait cautionné la dette et qu'elle la paye (2). Il faut entendre par payement l'extinction de la dette, peu importe le mode d'extinction, pourvu que le créancier reçoive ce qui lui est dû et que le débiteur soit libéré (n° 237).

244. L'article 2029 dit que la caution est subrogée à *tous* les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Les termes absolus de la loi tranchent une difficulté qui avait arrêté Dumoulin; d'après lui la caution ne pouvait exercer que les droits qui appartenaient au créancier lors du cautionnement, parce que la caution ne pouvait avoir en vue que les sûretés à raison desquelles elle avait consenti à cautionner la dette. Le code n'entre pas dans ces considérations d'intention toujours si difficiles à apprécier : la su-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 689, note 9, § 427.
(2) Pont, t. II, p. 138, note 1; Aubry et Rau, t. IV, p. 686, note 1, § 427.

brogation met la caution à la place du créancier, elle doit donc exercer tous ses droits (1).

Il y a un de ces droits pour lequel il y a controverse. On demande si la caution subrogée peut exercer le droit de résolution qui appartient au créancier : nous avons examiné la question, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 111).

245. Il y a une autre question qui est très-controversée : quel est l'effet de la subrogation quand il y a conflit entre la caution subrogée et le tiers détenteur tenu hypothécairement à la dette cautionnée? Nous l'avons également examinée au titre qui est le siége de la matière (t. XVIII, nos 123-126).

246. Que comprend l'action subrogatoire? La subrogation, dans la théorie du code empruntée à Pothier, est une cession fictive de la créance; or, le créancier ne peut céder que les droits qu'il a; la créance passe donc, telle que le créancier la possédait, sur la tête du subrogé. Ce principe décide une question qui est controversée. On demande si la caution peut réclamer, moyennant l'action subrogatoire, les frais des poursuites que le créancier a exercées contre elle, et les dommages-intérêts auxquels elle a droit. Quant aux dommages-intérêts, il n'y a aucun doute, à notre avis; ce n'est pas un droit du créancier, il n'est donc pas compris dans la cession qu'il est censé faire à la caution; ce droit est personnel à la caution, il a son principe dans le mandat ou la gestion d'affaires; donc la caution ne peut l'exercer que comme mandataire ou gérant. Quant aux frais que le créancier fait contre le débiteur, on doit les considérer comme un accessoire de la créance garanti par les sûretés qui y sont attachées, puisque la créance ne peut être exercée qu'en agissant contre le débiteur. En est-il de même des frais que le créancier fait contre la caution? Sur ce point il y a controverse. Il nous semble qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les frais que le créancier fait, soit contre le débiteur, soit contre la caution : il a une action directe contre l'un et contre l'autre, et

(1) Troplong. n° 376. Ponsot, p. 294, n° 259. Pont, t. II, p. 138, n° 272.

il doit agir pour obtenir le payement de ce qui lui est dû; la caution lui rembourse ces frais, donc ils sont un accessoire de la créance et, par suite, ils sont compris dans la créance que le créancier est censé céder à la caution qui le paye (1).

247. La caution fait un payement partiel, soit qu'elle n'ait cautionné qu'une partie de la dette, soit que le créancier ait consenti à recevoir un payement divisé. On doit appliquer, dans ce cas, à la caution subrogée, le principe que la subrogation ne nuit pas au créancier, principe dont l'article 1252 consacre une conséquence. Par suite, le créancier sera payé, pour ce qui lui reste dû, de préférence à la caution. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations;* l'application à la caution n'en est pas douteuse. Mais pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 1252, il faut que la caution agisse par l'action subrogatoire et qu'elle se trouve en conflit avec le créancier, l'un et l'autre exerçant leur droit hypothécaire sur le même immeuble, hypothéqué pour sûreté de la créance. S'il n'y a pas de garanties réelles, le créancier n'a pas le droit de préférence sur les deniers qui sont distribués entre lui et la caution; il n'y a donc pas lieu d'exercer le droit de préférence que l'article 1252 réserve au créancier. Ce droit de préférence est fondé sur ce que la subrogation ne peut pas être invoquée par le subrogé contre le subrogeant; or, dans l'espèce, la caution n'agit pas en vertu de la subrogation, elle agit en vertu de son action personnelle, de même que le créancier; dès lors leurs droits respectifs sont régis, non par l'article 1252, mais par l'article 2093 (loi hyp., art. 8), aux termes duquel les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution (2).

248. L'article 2030 prévoit le cas où le fidéjusseur a cautionné les débiteurs solidaires d'une même dette; s'il paye la dette, il aura contre chacun d'eux la répétition du

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV, p. 686, note 3, § 427, et Pont, t. II, p. 140, n° 274.

(2) Rejet, 1er août 1860 (Dalloz, 1860, 1, 502). Voyez mon tome XVIII, n° 135.

total de ce qu'il a payé. C'est l'application des principes qui régissent la solidarité et la subrogation. Chacun des codébiteurs solidaires est tenu de toute la dette, comme s'il était seul et unique débiteur; donc celui qui cautionne tous les codébiteurs est tenu pour chacun d'eux, comme s'il était seul débiteur du total de la dette, et par conséquent il est subrogé au créancier pour le total contre chacun d'eux (art. 1200 et 1251, 2°).

249. L'article 2030 soulève une question difficile, et sur laquelle il y a doute. On suppose que le fidéjusseur ne cautionne que l'un des débiteurs solidaires : il sera subrogé au droit du créancier contre ce débiteur et pourra, par conséquent, l'actionner pour toute la dette, en faisant valoir les garanties qui y sont attachées. C'est l'application directe de l'article 1251, 3°. La caution qui paye toute la dette a-t-elle aussi un recours contre les autres codébiteurs, et quel est ce recours? Il y a un point qui nous paraît certain, quoiqu'il soit controversé : c'est que la caution n'est point subrogée aux droits du créancier contre les autres codébiteurs pour le total de la créance. Cela résulte des termes de l'article 2030, lequel accorde à la caution un recours pour le *total* lorsqu'elle a cautionné *tous* les codébiteurs; donc lorsqu'elle n'en a cautionné qu'un seul, elle n'a pas ce recours pour le tout. Il est vrai que cet argument est tiré du silence de la loi, et les arguments dits *a contrario* ont peu de valeur, toutefois il est difficile de donner un autre sens à la loi; car si l'on admet que la caution a un recours pour le tout contre les autres débiteurs solidaires, on efface de l'article 2031 les mots « qui les a *tous* cautionnés »; pour que ces mots aient un sens, il faut nécessairement en induire que la décision de la loi n'est pas applicable au cas où le fidéjusseur n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires. La cour de cassation l'a jugé ainsi (1).

Si la caution qui paye la dette pour le débiteur solidaire qu'elle a cautionné n'a pas de recours pour le total contre

(1) Rejet, 10 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 361). Comparez Rejet, 29 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 293).

les autres codébiteurs, a-t-elle au moins un recours partiel et quel est le principe de ce recours? La jurisprudence lui donne un recours contre les autres codébiteurs pour la part qu'ils doivent supporter dans la dette entre eux; mais elle n'est pas d'accord sur le principe d'où résulte cette action récursoire. Il y a sur cette question deux arrêts de la chambre des requêtes qui partent d'un principe tout à fait différent. Le premier décide que la caution est subrogée à l'action du débiteur dont elle paye la dette contre ses codébiteurs, et l'on sait que cette action se divise entre les codébiteurs, de sorte que chacun n'est tenu que pour sa part et portion. Le second décide que la caution est subrogée au créancier, mais qu'elle ne peut exercer les droits du créancier que par une action divisée (1). L'une et l'autre solution présentent des difficultés. L'article 2029, qui établit le principe de la subrogation, porte que la caution qui paye est subrogée aux droits du *créancier* contre le débiteur; cela résulte d'ailleurs de l'essence de la subrogation, c'est une cession fictive; or, le créancier seul peut céder les droits qui lui appartiennent; donc la caution qui paye ne peut être subrogée qu'aux droits du créancier contre les débiteurs; il ne peut être question d'une subrogation aux droits du codébiteur contre ses codébiteurs: car cette action récursoire est étrangère au créancier, elle résulte de la subrogation de l'article 1251, 3°, modifiée en ce qui concerne les codébiteurs solidaires par l'article 1213. La subrogation admise par le premier arrêt de la chambre des requêtes n'est donc fondée sur aucun texte : c'est dire qu'on doit l'écarter, car il s'agit d'une subrogation légale, et il ne saurait y avoir de subrogation légale qu'en vertu d'une loi formelle. Il faut donc s'en tenir au dernier arrêt de la cour de cassation, et décider la question d'après les articles 1251, 3°, et 2029. Mais ici surgit une nouvelle difficulté. Le créancier a une action pour le total contre chacun des codébiteurs solidaires; si la caution qui paye est subrogée à *tous* les droits du créancier, comme le dit l'article 2029, il faut en conclure que la caution aurait un

(1) Voyez les arrêts cités p. 258, note.

recours pour le total contre chacun des codébiteurs. Mais l'article 2030 ne permet pas d'admettre cette conclusion; la chambre des requêtes l'avoue : la caution étant subrogée aux droits du créancier, mais ne pouvant, d'après l'article 2030, exercer ces droits pour le tout contre chacun des débiteurs, on arrive à cette conclusion, que la caution n'a d'action contre les codébiteurs non cautionnés par elle que pour leur part seulement dans la dette solidaire. Ainsi le second arrêt arrive à la même solution que le premier, mais il repousse formellement le motif de décider que le premier arrêt avait invoqué. En définitive, l'article 2030 modifie le principe de la subrogation légale; la modification est implicite, de là la difficulté. Les auteurs s'en tiennent, les uns au dernier arrêt, les autres au premier (1).

250. Quoique les deux arrêts aboutissent à la même solution, il s'en faut de beaucoup que les motifs de décider soient indifférents. Ils conduisent à des conséquences différentes. Dans le système qui rattache la subrogation de la caution au recours que le codébiteur cautionné a contre ses codébiteurs, il faut dire que si les codébiteurs ont des exceptions à opposer au codébiteur cautionné, ces exceptions peuvent aussi être opposées à la caution; tandis que si le recours de la caution procède du créancier, aucune exception ne peut lui être opposée du chef des débiteurs solidaires. De même s'il y a des codébiteurs solidaires qui sont étrangers à la dette, la caution ne peut pas agir contre eux, parce que le codébiteur à qui elle est subrogée n'auroit pas eu d'action, toujours dans le système du premier arrêt; dans le système du second arrêt, au contraire, la caution aurait une action, car le créancier à qui elle est subrogée, peut agir solidairement contre tous ceux qui se sont obligés envers lui comme débiteurs solidaires, sans distinguer s'ils sont personnellement intéressés à la dette ou non (2).

251. Si la caution stipule la subrogation du créancier qu'elle paye, il y a de nouvelles difficultés. En principe, la

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 687, notes 4 et 5, § 427. Pont, t. II, p. 143, n° 278, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 687 et suiv., note 6, § 427

subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale; ainsi le débiteur solidaire qui se fait subroger aux droits du créancier n'a qu'un recours divisé contre ses codébiteurs, comme il l'a en vertu de la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations,* sur l'article 1215. En est-il de même de la subrogation que la caution stipulerait? Si l'on admet, comme nous l'avons dit (n° 249), que la caution est subrogée au créancier, en vertu de la loi, mais sous la modification qui résulte de l'article 2030, il faut appliquer le principe que nous venons de rappeler; la subrogation conventionnelle n'aura pas plus d'effet que la subrogation légale modifiée. Si, au contraire, on décide que les droits de la caution ne procèdent pas du créancier, alors il n'y a pas de subrogation légale; d'où il faut conclure que rien n'empêche la caution de stipuler la subrogation, et la subrogation conventionnelle aura, en ce cas, les effets que la loi attache à la subrogation en général (1).

§ III. *De l'action en indemnité de l'article* 2032.

252. Il y a des cas où la loi donne une action à la caution contre le débiteur avant qu'elle ait payé, pour être indemnisée par lui. L'article 2032 énumère ces cas. D'abord la caution a une action lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le payement de la dette. Chabot, dans son rapport au Tribunat, en donne comme raison que la caution ne s'est pas obligée envers le débiteur à payer pour lui, ni à supporter des frais, ni à fournir les fonds nécessaires pour la discussion; la caution ne s'est obligée qu'envers le créancier; lors donc qu'elle est menacée de devoir payer, de supporter des frais ou de fournir les frais nécessaires pour la discussion des biens du débiteur, le cautionnement lui cause un préjudice actuel, quoiqu'elle n'ait pas encore payé; or, il est de principe que la caution ne peut jamais être en perte; de là l'action en indemnité que la loi

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. IV. p. 688, note 7, § 427, et Pont, t. II, p. 144, n° 279.

lui accordé. La caution a un autre moyen de se mettre à l'abri du préjudice dont elle est menacée par la poursuite du créancier, c'est d'appeler le débiteur en cause (code de proc., art. 175). C'est une exception dilatoire qui a l'avantage d'arrêter les poursuites; et une fois le débiteur mis en cause, il sera condamné immédiatement à indemniser la caution (1).

233. En second lieu, la caution peut agir en indemnité contre le débiteur lorsque celui-ci a fait faillite ou est en déconfiture. On suppose que le créancier, trouvant une pleine garantie dans le cautionnement, ne se présente pas à la faillite pour être payé, ou ne poursuit pas le débiteur en déconfiture pour être colloqué avec les autres créanciers. Si le créancier se présente, il va sans dire que la caution ne peut pas se présenter; car la faillite ne peut pas admettre deux fois la même créance, ce serait vouloir que le débiteur paye deux fois, ce qui est absurde. La cour de Montpellier l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une femme s'oblige solidairement avec son mari; aux termes de l'article 1431, elle n'est considérée, à l'égard de son mari, que comme caution; à ce titre, elle peut invoquer le bénéfice de l'article 2032; le mari étant tombé en faillite, elle se présente à l'ordre ouvert sur les immeubles appartenant à son mari, et se fait colloquer; mais les créanciers envers lesquels elle s'était obligée solidairement se présentent aussi. Il a été jugé que la femme ne pouvait pas être payée concurremment avec les créanciers. Ce n'est pas là le cas prévu par l'article 2032, la caution ne pouvant jamais réclamer d'indemnité alors que le créancier poursuit le payement de ce qui lui est dû (2). C'est l'opinion générale (3).

Dans ce deuxième cas, la caution a le droit d'agir en son nom pour toucher la part du créancier dans la distribution des deniers. Nous disons que la caution sera colloquée à défaut du créancier. D'après le droit commun, il y aurait eu un motif de douter. La créance de la caution est éven-

(1) Chabot. Rapport, n° 22 (Locré, t. VII, p. 426). Pont, t. II, p. 147, nos 283 et 285.
(2) Paris, 2 juin 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).
(3) Duranton, t. XVIII, p. 383, n° 360, et tous les auteurs.

tuelle, puisqu'elle est subordonnée au payement qu'elle fait de la dette; peut-elle toucher ce qui est dû au créancier avant d'avoir payé? Ce doute a entraîné la cour de Grenoble; elle a jugé que la caution ne peut pas réclamer une collocation actuelle dans un ordre ouvert sur le débiteur. C'est méconnaître la disposition de l'article 2032 qui, en donnant à la caution le droit d'*agir*, lui accorde par cela même une action efficace, donc le droit à être colloqué. Cette dérogation au droit commun se conçoit du reste. Quand le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, il est certain que la caution devra payer et qu'elle n'aura de recours que celui que lui offre la collocation au passif de la masse; il est donc juste de lui ouvrir ce recours immédiatement (1).

254. En troisième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « lorsque celui-ci s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ». Si ce temps est expiré, la caution a le droit d'agir, parce qu'elle ne s'est obligée que sous la condition d'obtenir sa décharge dans le temps fixé par le contrat, et cette convention, comme toute autre, doit être exécutée (2),

255. En quatrième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ». Quand la dette est devenue exigible, le créancier a le droit de poursuivre la caution; s'il la poursuit, la caution peut agir contre le débiteur en vertu du n° 1 de l'article 2032. Alors même que le créancier ne fait pas de poursuites, la loi autorise la caution à agir, parce que la caution a intérêt à les prévenir, et que le débiteur peut devenir insolvable.

256. En cinquième lieu, la caution peut agir contre le débiteur « au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé ». La loi permet à la caution d'agir après un certain délai, qu'elle

(1) Grenoble, 3 août 1853 (Dalloz, 1855, 2, 70). En sens contraire, tous les auteurs (Pont, t. II, p. 148, note 4).
(2) Chabot, Rapport, n° 22 (Locré, t. VII, p. 426).

fixe à dix ans, parce qu'il ne faut pas que la caution reste indéfiniment engagée. C'est le motif donné par le rapporteur du Tribunat; il dit *perpétuellement*, ce qui n'existe que dans les rentes perpétuelles (1); encore ne sont-elles plus perpétuelles puisqu'elles sont rachetables. Si l'obligation du débiteur principal peut être perpétuelle en ce sens, pourquoi la loi ne permet-elle pas que le cautionnement ait la même durée? C'est encore une de ces dispositions qui supposent que la caution s'est obligée à titre gratuit; et l'équité exige que celui qui rend un service ne soit pas, pendant toute sa vie, sous les liens d'un engagement onéreux pour lui. Même ainsi limitée, la faculté que la loi accorde à la caution est contraire aux principes, puisqu'elle peut se dégager de ses obligations par la seule volonté. Le législateur a cherché à corriger ce que cette disposition a d'anormal, en ajoutant, comme condition, que la caution ne peut agir après dix ans que lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance; si elle est consentie pour un terme plus long, la caution a su, en s'engageant, quelle serait la durée de son engagement; il faut qu'elle le remplisse.

Il y a des obligations, comme celle du tuteur, qui, quoique n'ayant pas de terme fixe, sont de nature à ne pouvoir s'éteindre avant un temps déterminé, lequel, pour le tuteur, est régulièrement la majorité de son pupille; la caution pourrait-elle, en ce cas, demander sa décharge après dix ans? Non, car elle a connu, en contractant, la nature et la durée de l'obligation qu'elle cautionnait; quand il s'agit de l'obligation du tuteur, elle a dû savoir que son administration ne peut finir qu'avec la tutelle même. Par la même raison, dit Pothier, celui qui s'est rendu caution pour le mari de la restitution de la dot de la femme, ne peut demander au mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de son cautionnement, parce que l'obligation de la restitution de la dot est de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la dissolution du mariage (2). Il en serait

(1) Bruxelles, 1er février 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 44).

(2) Chabot, Rapport, n° 22 (Locré, t. VII, p. 426). Pothier, *Des obligations*, n° 442. Duranton, t. XVIII, p. 393, n° 364.

de même du cautionnement d'une rente viagère ou d'un droit d'usufruit.

257. Tels sont les cas dans lesquels, d'après l'article 2032, la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé. On demande si cette disposition peut être étendue à des cas analogues. La question ne devrait pas être posée. Tout le monde reconnaît que c'est par dérogation aux principes et par des considérations d'équité que la loi permet à la caution d'agir, alors qu'elle n'a pas encore payé; or, les dispositions exceptionnelles ne s'étendent pas, même par voie d'analogie. Cela est décisif (1).

258. Quel est l'objet de l'action que la loi accorde à la caution? L'article 2032 dit que la caution peut *agir*, c'est-à-dire introduire une demande en justice contre le débiteur pour être par lui *indemnisée*. A quoi tend cette action en indemnité? Régulièrement à décharger la caution de son engagement; mais le débiteur peut se trouver dans l'impossibilité d'apporter cette décharge, car le créancier ne la consentira que si le débiteur paye ou s'il lui donne de nouvelles garanties. Si le débiteur ne procure pas la décharge à la caution, celle-ci peut réclamer une indemnité. La loi ne dit pas en quoi consistera cette indemnité. Il n'y a qu'un moyen de donner à la caution une indemnité réelle, c'est de consigner une somme d'argent égale au montant de l'obligation cautionnée. On a dit que le juge pourrait se contenter de donner des garanties à la caution, un gage, une hypothèque ou un nouveau cautionnement. Il nous semble que c'est s'écarter du texte de la loi, ainsi que de son esprit. La loi veut que la caution soit *indemnisée*, or, une garantie n'est pas une indemnité.

En disant que la caution peut *agir* avant d'avoir payé, l'article 2032 indique quel est le but de l'action. Quand elle a payé, la caution a un recours dont l'objet est de l'indemniser complétement. L'action anticipative que la caution peut exercer dans les cas prévus par la loi est une indemnité de même nature; seulement, comme la caution n'a pas

(1) Pont, t. II, p. 152, n° 297, et les auteurs qu'il cite.

encore payé, le montant de l'indemnité doit être consigné (1).

259. On demande si la caution pourrait procéder par voie de saisie. La cour de Bordeaux a très-bien jugé que la caution n'avait pas ce droit. D'après l'article 2032, la caution peut *agir* pour être *indemnisée*. Agir signifie intenter une action en justice, et l'*action* est le droit de poursuivre devant les tribunaux ce qui nous est dû, ou la réparation d'un tort qui nous est fait. Or, il n'est rien dû à la caution tant qu'elle n'a point payé; tout ce qu'elle peut demander, c'est une indemnité qui la mette à l'abri des poursuites du créancier et du danger de l'insolvabilité du débiteur. Le juge seul peut déterminer en quoi consiste cette indemnité et quel en sera le montant. Donc, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, il faut une action judiciaire. La saisie ne peut être pratiquée, aux termes du code de procédure (art. 551), qu'en vertu d'un titre exécutoire, et pour choses liquides et certaines. Or, la caution ne peut pas avoir de titre exécutoire, et son droit n'est ni liquide ni certain (2).

260. La caution, qui a droit d'agir en vertu de l'article 2032, peut-elle, au lieu de réclamer une indemnité, rembourser la dette et exercer ensuite son recours contre le débiteur? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Pour qu'il y ait lieu à doute, il faut supposer que la dette n'est pas exigible; car si elle l'est, la caution a le droit de payer, et en payant elle a l'action personnelle et l'action subrogatoire. Si la dette n'est pas exigible, telle qu'une rente constituée, la caution peut, après dix ans, agir contre le débiteur; celui-ci ne lui procure pas sa décharge : est-ce que, dans ce cas, la caution pourra rembourser le capital de la rente et exercer ensuite son recours contre le débiteur? A notre avis, le texte décide la question; l'article 2032 dit que la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé, afin d'être indemnisée; la cau-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 380, n° 359. En sens contraire, Pont, t. II, p. 154, n° 300; Aubry et Rau, t. IV, p. 691, note 21, § 427. Comparez Troplong, n° 394, et Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 76, note 13.
(2) Bordeaux, 22 février 1832 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 201).

tion a donc deux droits : elle peut payer, c'est le droit commun; et elle peut, dans certains cas, agir avant d'avoir payé. Or, nous supposons que la caution ne peut pas payer, puisque la dette n'est pas exigible; le seul droit qu'elle ait, dans ce cas, c'est d'agir en indemnité. On objecte que la caution, ayant le droit d'exiger sa décharge, peut, par cela même, rembourser la dette, puisqu'elle ne fait que ce que le débiteur serait obligé de faire pour obtenir la décharge de la caution. L'objection suppose que le débiteur n'a d'autre moyen d'obtenir sa décharge que de payer; cela n'est pas exact : le crédirentier peut lui accorder la décharge de la caution si le débiteur lui fournit de nouvelles garanties, et le débirentier peut être très-intéressé à donner des sûretés, au lieu de rembourser le capital, parce que la plupart des vieilles rentes sont constituées à un taux très-bas. Cela prouve que la caution n'a pas le droit de rembourser malgré le débiteur, car en remboursant, elle agirait contre l'intérêt du débiteur dont elle est le mandataire ou le gérant, ce qui est contraire au principe du mandat et de la gestion d'affaires. La caution ne pouvant pas payer, il ne lui reste que son action en indemnité (1).

261. On a soutenu que la caution avait le droit, en vertu de l'article 2032, d'exercer les actions du créancier contre le débiteur. C'est une de ces opinions étranges qui tendent à faire un nouveau code civil. Elle n'a pas trouvé faveur; la cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, qu'il n'existe pas, en droit français, de subrogation anticipée, ni totale ni partielle, le payement réalisé étant toujours la condition première d'une subrogation quelle qu'elle soit. Aussi n'y a-t-il pas un mot dans l'article 2032 qui ait trait à une action subrogatoire. La loi donne seulement à la caution le droit d'agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée; la caution exerce ce recours en son nom personnel, en vertu d'un droit qui lui est propre, et nullement pour le compte du créancier, ni en vertu d'une action qu'elle emprunterait par anticipation à celui-ci. En

(1) Voyez, en sens divers, Merlin, *Questions de droit*, au mot *Caution*, § IV; Ponsot, p. 314, n° 272; Pont, t. II, p. 154, n° 301.



définitive, il n'y a pas une ombre de subrogation dans l'espèce (1).

262. L'article 2032 dit que *la caution*, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur. Faut-il conclure des termes généraux de la loi que toute caution peut user du droit que cet article consacre? La question est controversée. D'abord en ce qui concerne la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur. Nous croyons, avec la plupart des auteurs, que l'article 2032 est applicable à la caution qui s'est engagée comme gérant d'affaires, aussi bien qu'à celle qui a contracté en vertu d'un mandat du débiteur. Le texte du code ne laisse aucun doute, à notre avis. L'article 2032 est une suite de l'article 2028. La loi détermine les droits que la caution a contre le débiteur : elle distingue, à cet effet, le cas où la caution a payé et le cas où elle n'a pas payé. A-t-elle payé, elle a un recours contre le débiteur principal, *soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur*. N'a-t-elle pas payé, elle a une action en indemnité, dans les cas déterminés par l'article 2032. De quelle caution s'agit-il dans cet article? De celle dont il est parlé dans l'article 2028, c'est-à-dire de la caution mandataire ou gérant d'affaires. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. C'est par des motifs d'équité et de faveur que l'article 2032 déroge au droit commun; or, qui mérite plus de faveur, la caution qui rend un service spontanément, sans être sollicitée, ou celle qui s'engage à la prière du débiteur (2)?

Nous en disons autant de la caution solidaire : elle est engagée par un lien plus strict et plus onéreux, elle mérite donc plus de faveur encore que la caution simple. On objecte que, d'après l'article 2021, l'engagement de la caution solidaire se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Nous avons déjà fait la remarque que l'on donne à cette disposition un sens qu'elle n'a point. La loi n'a pas entendu assimiler la caution solidaire à un codébiteur solidaire, elle a voulu seulement décider que la

(1) Cassation, 19 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 1, 38).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 691, note 20, § 427, et les auteurs cités. En sens contraire, Pont, t. II, p. 155, n° 303.



caution solidaire ne jouit pas du bénéfice de discussion. En s'obligeant solidairement, la caution peut être poursuivie pour le total de la dette, comme si elle était débiteur principal; voilà ce que dit l'article 2021. Mais, dans l'espèce, il n'est pas question des rapports qui existent entre la caution solidaire et le créancier, il s'agit des droits de la caution solidaire contre le débiteur; or, à l'égard du débiteur, la caution, quoique solidaire, reste caution. Donc elle doit avoir tous les droits que la loi accorde à la caution (1).

SECTION III. — De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

263. « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion » (art. 2033). Ce principe a été emprunté à Pothier, qui l'explique comme suit. Une caution a-t-elle action contre ses cofidéjusseurs? En droit strict, non, à moins qu'en payant la dette, elle ne se soit fait subroger aux droits du créancier. Telle était la doctrine romaine : les cautions, disaient les jurisconsultes, qui cautionnent un même débiteur ne contractent entre elles aucune obligation, chacune d'elles n'a d'autre intention que de rendre service au débiteur principal, chacune ne se propose de faire l'affaire que du débiteur, et non celle de ses cofidéjusseurs. Ce principe est évident, dit Pothier, mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée est trop *dure*. Pothier ne dit pas qu'elle n'est pas logique; elle blesse l'équité, qui est l'âme du droit coutumier; aussi la jurisprudence française n'a-t-elle jamais admis la doctrine romaine en ce point, elle a toujours accordé à la caution un recours contre ses cofidéjusseurs pour répéter de chacun d'eux sa part virile dans la dette. Cette action, dit Pothier, ne naît point du cautionnement, puisque le fait de caution-

(1) Ponsot, p. 320, n° 276, et tous les auteurs



ner la même dette ne crée aucun lien d'obligation entre les cautions; elle naît du payement que la caution a fait de toute la dette et de l'*équité*, qui ne permet pas que les cofidéjusseurs, tenus de la dette aussi bien que la caution qui l'a payée, profitent a ses dépens du payement qu'elle en a fait. Pothier a de la peine à qualifier cette action; il n'y a pas de mandat, pas même de gestion d'affaires, car le fidéjusseur qui a payé la dette a payé ce qu'il devait; il s'est donc acquitté de sa propre obligation, il n'a pas fait l'affaire de ses cofidéjusseurs. Pothier appelle l'action que les coutumes accordaient à la caution action *utile* de gestion d'affaires; quoique la caution, à considérer son intention, ait fait, en payant la dette, plutôt sa propre affaire que celle de ses cofidéjusseurs, néanmoins, en fait, elle a en même temps fait l'affaire de ceux-ci, puisqu'elle les a libérés d'une dette qui leur était commune à tous; l'*équité* exige donc que tous supportent leur part dans un payement dont ils ont profité (1).

Le rapporteur du Tribunat reproduit littéralement ces considérations, et il conclut, comme Pothier, qu'il est équitable que les cofidéjusseurs, qui profitent tous du payement, supportent chacun sa part dans la dette. Lahary, l'orateur du Tribunat, va plus loin; il dit que la doctrine des jurisconsultes romains était une de ces subtilités que l'on regrette de trouver si souvent dans les lois de Rome (2). Au point de vue législatif, le reproche était fondé : mieux vaut l'équité que la rigueur du droit, mais il faut aussi rendre justice aux jurisconsultes qui sont nos maîtres; ce qu'on appelle subtilité n'est autre chose que la rigueur logique du raisonnement; c'est un don précieux quand il s'agit d'interpréter les lois. Autre est la mission du législateur; il doit s'inspirer plutôt de l'équité : c'est l'esprit des coutumes, c'est le caractère qui distingue les nations germaniques.

264. Les auteurs modernes considèrent la disposition de l'article 2033 comme une extension du principe de la

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 445.
(2) Chabot, Rapport, n° 23 (Locré, t. VII, p. 426). Lahary, Discours, n° 25, p. 443.

subrogation légale (1). Cela ne nous paraît pas exact; le texte même du code prouve que la caution qui paye la dette n'est pas subrogée aux droits du créancier contre ses cofidéjusseurs. Si elle prenait la place du créancier, elle exercerait tous ses droits; par conséquent, elle aurait toujours une action contre ses cofidéjusseurs, et elle aurait une action pour le total de la dette, déduction faite de la part qu'elle y doit supporter. Or, tel n'est pas le système de la loi; aux termes de l'article 2033, le recours de la caution contre ses cofidéjusseurs n'a lieu que lorsqu'elle a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent, c'est-à-dire, comme Chabot l'explique, que la caution n'a de recours que si elle a payé sur les poursuites du créancier, ou lorsque le débiteur était en faillite ou en déconfiture, ou quand le débiteur s'était obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps, ou lorsque la dette était devenue exigible par l'échéance du terme, enfin si elle a payé après dix ans une dette sans échéance fixe. Hors ces cas, la caution n'a point de recours, quoiqu'elle ait payé; ce n'est donc pas aux droits du créancier qu'elle succède; si elle a un recours contre ses cofidéjusseurs, c'est qu'elle a payé dans des circonstances où ceux-ci auraient eu une action en indemnité contre le débiteur; par conséquent, dans des cas où ils avaient le plus grand intérêt à ce que le payement fût fait; c'est à raison de l'intérêt que les cofidéjusseurs avaient au payement qu'ils doivent supporter une part dans la dette : question d'équité. Lorsque l'équité est hors de cause, la loi n'accorde plus de recours. Ainsi la caution paye, sans avoir été poursuivie, une dette non échue; elle n'aura pas de recours. Elle n'en aurait pas, même à l'échéance de la dette, en supposant que le débiteur n'ait point payé; car elle ne peut avoir de recours que si elle paye dans un des cas prévus par l'article 2032. La loi suppose que si la caution ne s'était pas trop pressée de payer, le débiteur l'aurait fait: ce qui aurait libéré les autres fidéjusseurs.

265. Quelques auteurs restreignent le recours de la

(1) Duranton, t. XVIII, p. 398, n° 366. Pont, t. II, p. 158, n° 309.



caution aux cas prévus par les nos 1, 2 et 4 de l'article 2032; ils refusent le recours dans les deux autres cas. De quel droit dérogent-ils ainsi à un texte formel? Ils avouent que leur interprétation s'écarte *un peu* de la lettre de la loi; il faut dire plus, ils mutilent la loi. Nous ne reconnaissons pas ce droit aux interprètes; et, dans l'espèce, on ne peut pas même invoquer l'esprit contre le texte, puisque l'esprit de la loi est également certain, le rapporteur du Tribunat l'ayant expliqué comme nous venons de le faire. Inutile d'insister (1).

266. La caution qui paye a un recours contre ses cofidéjusseurs, parce qu'en payant elle fait leur affaire. Cela suppose que le payement les a libérés; et pour que les cautions soient libérées, il faut que la dette soit éteinte. De là suit que le recours est subordonné à une condition, c'est que le payement soit valable. L'orateur du gouvernement le dit, et cela résulte de la nature même des choses. Treilhard part d'un principe qui n'est pas exact en disant que la caution qui paye est subrogée aux droits du créancier, et qu'elle peut, par conséquent, exercer contre les cofidéjusseurs, chacun pour leur part, les droits que le créancier exercerait lui-même, s'il n'était pas payé. La conséquence témoigne contre le prétendu principe; en effet, le créancier subrogeant a une action pour le tout, tandis que la caution subrogée n'a qu'un recours divisé. Ce que l'orateur du gouvernement ajoute est plus exact : « Il est sans doute inutile de répéter qu'on suppose un payement valable de la part de la caution; si elle avait payé sans libérer le débiteur, ou lorsque le débiteur ne devait plus rien, elle devrait supporter seule la peine de son imprudence. » Son recours est fondé sur une espèce de gestion d'affaires (n° 264); ce qui implique un payement utile, c'est-à-dire libératoire pour les cofidéjusseurs; si le payement ne leur profite pas, la caution ne peut avoir d'action contre eux (2).

267. La caution qui a payé toute la dette n'a qu'un

(1) Voyez la réfutation de Duranton et de Ponsot, dans Pont, t. II, p. 157, n° 308, et comparez les auteurs qu'il cite.

(2) Exposé des motifs, n° 20 (Locré, t. VII, p. 418). Aubry et Rau, t. IV, p. 692, § 428.



recours divisé contre ses cofidéjusseurs. C'est une disposition analogue à celle de l'article 1214. Les cofidéjusseurs ne sont point des codébiteurs solidaires, mais il y a cette analogie qu'ils sont obligés chacun pour toute la dette (art. 2025). Faut-il induire de cette analogie que l'on doit appliquer aux cofidéjusseurs le principe qui régit les rapports des codébiteurs solidaires entre eux? Voici l'intérêt de la question. Le codébiteur solidaire qui paye toute la dette n'a qu'un recours divisé contre ses codébiteurs, alors même qu'il se ferait subroger conventionnellement, la subrogation conventionnelle n'ayant pas plus d'effet que la subrogation légale. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 360). Les auteurs appliquent le même principe à l'action récursoire de la caution contre ses cofidéjusseurs (1). Cela est très-douteux. D'abord les cofidéjusseurs ne sont pas des codébiteurs solidaires. Puis la caution qui paye la dette n'est pas subrogée au créancier, elle n'a qu'une action utile de gestion d'affaires contre ses cofidéjusseurs (n° 263). Il n'y a donc, à vrai dire, aucune analogie entre les cofidéjusseurs et les codébiteurs solidaires. Ainsi la base de l'application analogique fait défaut. En supposant même que la caution soit subrogée au créancier, il resterait encore un motif de douter; l'article 1214 déroge aux effets de la subrogation légale : est-il permis d'étendre une disposition exceptionnelle? A notre avis, la caution qui paye reste sous l'empire du droit commun; elle peut stipuler la subrogation, et cette subrogation est régie par les principes généraux.

(1) Duranton, t. XVIII, p. 401, n° 368. Aubry et Rau, t. IV, p. 692, note 2. § 428. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 78, note 3. Pont, t. II, p. 262, n°s 321 et 323.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

§ Ier. *De l'extinction directe du cautionnement.*

268. « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations » (art. 2034). Celui qui cautionne s'oblige; il suit de là que les causes qui éteignent les obligations en général doivent aussi éteindre la sienne (1). Il faut donc appliquer au cautionnement les principes que nous avons exposés, au titre des *Obligations*, sur les causes qui éteignent les obligations conventionnelles. Les règles générales reçoivent cependant quelques modifications dans leur application au cautionnement; nous allons les signaler.

269. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que chacun des débiteurs soit débiteur principal et direct de celui dont il est créancier direct et principal. Or, la caution, quoiqu'elle soit débitrice, n'est que débitrice accessoire quand elle est poursuivie; elle ne peut pas être contrainte à payer, puisqu'elle jouit du bénéfice de discussion. Il suit de là que si elle devient créancière du créancier de l'obligation principale, la créance de la caution et la dette résultant du cautionnement ne se compensent pas de plein droit; la compensation ne s'opère, en ce cas, que du jour où elle a été opposée par la caution. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ce point, au chapitre de l'*Extinction des obligations* (t. XVIII, nos 424 et 425).

270. La confusion n'éteint les obligations en général qu'à raison de l'impossibilité où se trouve le créancier d'en poursuivre l'exécution, et, par conséquent, dans les limites

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 21 (Locré, t. VII, p. 419).

de cette impossibilité. De là suit que les effets de l'obligation résultant du cautionnement subsistent en tant qu'il est possible d'en poursuivre l'exécution. Si donc la caution a constitué une hypothèque, l'hypothèque subsiste, quoique le cautionnement soit relativement éteint par la confusion, la caution étant devenue l'héritière du débiteur principal ou le débiteur étant devenu l'héritier de la caution. Nous renvoyons, quant au principe et quant aux conséquences qui en résultent pour le cautionnement, à ce qui a été dit sur la confusion, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 502).

L'article 2035 contient une conséquence du même principe; il est ainsi conçu : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution. » Quand le débiteur devient héritier de la caution, le cautionnement s'éteint par confusion, en ce sens que le créancier n'a plus deux actions, l'une contre le débiteur, l'autre contre la caution, puisque le débiteur et la caution ne font qu'une seule et même personne et que le débiteur ne peut pas être caution de lui-même; c'est cette impossibilité de poursuivre la caution qui entraîne l'extinction du cautionnement par confusion. Mais l'impossibilité n'existe qu'à l'égard de la caution, elle n'existe pas à l'égard de celui qui a cautionné la caution; de là suit que l'obligation du certificateur de la caution n'est pas éteinte.

271. Aux termes de l'article 2250, l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance interrompt la prescription contre la caution. Il suit de là que le cautionnement subsiste, quoique la prescription se soit accomplie sans interruption à l'égard de la caution. Nous reviendrons sur la disposition de l'article 2250, qui ne se concilie guère avec le principe établi par l'article 2034.

§ II. *De l'extinction du cautionnement par l'extinction de l'obligation principale.*

272. Le cautionnement est une obligation accessoire; et comme l'accessoire ne peut subsister sans le principal,

il s'ensuit que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction du cautionnement. L'application du principe soulève des difficultés que nous allons examiner en parcourant les divers modes d'extinction des obligations.

N° 1, DU PAYEMENT.

273. Que le payement de l'obligation principale éteigne le cautionnement, cela est d'évidence. En est-il de même des offres de payement suivies de consignation? Le débiteur qui a fait la consignation peut la retirer tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier; et s'il la retire, les cautions ne sont pas libérées (art. 1201). Les offres réelles n'équivalent au payement que lorsqu'elles ont été acceptées; dans ce cas, le cautionnement est éteint, parce que la dette principale est définitivement éteinte. Il y a encore payement définitif lorsque le débiteur a obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables; lors même qu'il retirerait les choses consignées, du consentement du créancier, les cautions restent libérées (art. 1261 et 1262). Nous renvoyons, sur le principe et les conséquences qui en résultent, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 210).

274. Le payement avec subrogation éteint la dette à l'égard du créancier, mais elle subsiste à l'égard du tiers subrogé par une fiction que la loi établit en sa faveur, et cette fiction a précisément pour objet de maintenir les garanties accessoires qui assurent le payement de la dette; de sorte que les priviléges et hypothèques subsistent, ainsi que le cautionnement (art. 1252). Nous avons expliqué cette matière difficile au titre des *Obligations*.

La cour de cassation a rendu contre la caution un arrêt qui est critiqué par tous les auteurs. Troplong résume les faits en ces termes. Le débiteur cautionné paye le créancier sans subrogation; donc, en droit, le cautionnement était éteint. Mais, voulant se ménager le moyen de contracter un autre emprunt, en transportant au prêteur la garantie de cautionnement, le débiteur se fit donner par le créancier une procuration en blanc pour transporter au fu-

tur prêteur la créance en réalité éteinte, avec le cautionnement qui la garantissait. L'emprunt se fit avec subrogation. C'était une des fraudes si fréquentes en cette matière. Il s'agissait de savoir si la caution en serait la victime. Elle soutint qu'elle était libérée par le payement fait sans subrogation. Quant à l'emprunt contracté avec subrogation, on ne pouvait le lui opposer, puisque la subrogation à une créance éteinte était impossible. Cette défense ne fut pas admise par la cour de Paris, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; toutefois la chambre des requêtes avait admis le pourvoi, et la chambre civile ne le rejeta qu'après un délibéré en chambre du conseil et sur les conclusions contraires de l'avocat général (1). Ponsot dit, en termes un peu crus, que l'arrêt ne vaut rien, et, au fond, tous les auteurs sont de cet avis (2). Nous croyons que la critique est juste.

La cour commence par dire que l'emprunt fait avec subrogation doit donner au prêteur toutes les garanties que la lettre de l'acte lui promet. C'est poser en principe ce qui faisait l'objet du débat : pouvait-il y avoir subrogation contre la caution, alors que le cautionnement était éteint par le payement que le débiteur avait fait? Peu importe que le prêteur fût de bonne foi et qu'il n'eût aucun moyen de connaître l'extinction du cautionnement. Il y avait une fraude dans l'espèce ; le débiteur avait fait revivre frauduleusement une créance éteinte : la difficulté était de savoir à qui la fraude devait nuire, à la caution ou au tiers prêteur. Ce n'était pas une question de bonne foi, c'est-à-dire de fait, c'était une question de droit. La cour de cassation donne, en effet, des motifs de droit; ce sont ces motifs qui ont été si rudement attaqués.

La caution, dit la cour de cassation, était représentée dans l'acte d'emprunt par le débiteur, dont elle avait suivi la foi. Sur quoi se fonde cette prétendue représentation? La cour ne le dit point. Nous avons déjà rencontré cette fausse théorie qui considère le débiteur comme le représen-

(1) Rejet, chambre civile, 12 février 1840 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 321).

(2) Ponsot, p. 432, n° 342. Troplong, n° 499. Pont, t. II, p. 195, n° 393.

tant de la caution (t. XX, n° 119); elle ne résulte certes pas de la nature du cautionnement. La caution agit comme mandataire ou gérant d'affaires en cautionnant le débiteur; comment pourrait-on induire de là que la caution donne pouvoir au débiteur de la représenter? Dans l'espèce, cette prétendue représentation n'avait pas de sens. Le débiteur, tout en payant, se ménageait le moyen de tromper la caution en faisant revivre par fraude le cautionnement qui était éteint : et l'on veut que la caution donne pouvoir au débiteur de la frauder! On veut que la caution soit représentée dans un acte que le débiteur fait contre elle, au mépris de ses droits! Que répond la cour de cassation? « Si le débiteur a dissimulé l'extinction de la dette, afin de se ménager le moyen de faire un nouvel emprunt et d'y engager de nouveau la caution, celle-ci doit s'imputer de ne s'être pas mise en mesure, à l'égard des tiers, de constater l'extinction de la dette. » La cour oublie que la fraude a commencé lors du payement qui éteignait la dette principale et le cautionnement; comment la caution pouvait-elle constater un payement qui se faisait avec une procuration en blanc destinée à frauder la caution? La caution n'assiste pas au payement; et, n'y figurant pas, elle doit être admise à le prouver, même par témoins et par présomptions, aux termes des articles 1348 et 1353, puisqu'elle a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale. La cour de Paris avait rejeté la preuve offerte par la caution, par le motif que l'article 1341 défend d'alléguer la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. Quel était, dans l'espèce, l'acte où avait figuré la caution et contre lequel elle ne pouvait être admise à la preuve par témoins? La caution n'était intervenue que dans l'acte de cautionnement, et, en principe, le débiteur ne prouve pas contre l'acte qui constate la dette lorsqu'il demande à prouver que la dette est éteinte; cela est élémentaire. Quant à l'acte d'emprunt consenti par le débiteur avec subrogation en fraude de la caution, celle-ci n'y figurait point, et elle n'y était pas représentée; donc l'article 1341 n'était pas applicable en tant qu'il défend d'alléguer la preuve testimoniale contre les actes. Restait à savoir si, d'après le droit com-

mun, la caution était admise à prouver le fait du payement par témoins et par présomptions; l'article 1348 répond à la question; la caution se trouvait dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, donc elle devait être admise à la preuve testimoniale.

275. Le payement partiel donne lieu à une difficulté d'imputation. S'il y a deux dettes, dont l'une est cautionnée et dont l'autre ne l'est pas, l'imputation du payement partiel fait par le débiteur a lieu, d'après le droit commun, sur la dette la plus onéreuse, donc sur la dette cautionnée (art. 1256). Sur ce point, il n'y a aucun doute. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où la caution a cautionné une partie seulement de la dette; si le débiteur paye un à-compte, on doit l'imputer sur la partie non cautionnée. Ici ne s'appliquent pas les règles établies par l'article 1256; ces règles supposent des dettes différentes, tandis que, dans l'espèce, il n'y a qu'une seule dette. La question est donc tout autre; il s'agit de savoir quelle a été l'intention des parties contractantes en stipulant un cautionnement partiel; en général, cette intention n'est point douteuse; le créancier n'avait pas une confiance entière dans la solvabilité du débiteur, il se fait donner caution pour la partie de la dette qui pourrait ne pas être payée. Quand donc le débiteur paye un à-compte, l'intention des contractants est que cet à-compte diminue la partie de la dette qui n'est pas cautionnée, afin que le créancier conserve la garantie entière pour la partie de la dette qui a été cautionnée. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela ne nous paraît pas douteux (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Caen qui applique la règle d'imputation de l'article 2056 (2); nous avons répondu d'avance à l'argument que l'on pouvait y puiser.

Il y a cependant une restriction à faire à l'opinion consacrée par la cour de cassation. La cour se base sur l'intention des parties contractantes; mais les parties sont libres de manifester une intention contraire, puisqu'il ne s'agit que

(1) Cassation, 12 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 278). Dans le même sens, Troplong, n°s 247, 500 et 501; Aubry et Rau, t. IV, p. 692, note 1, § 429; Pont, t. II, p. 195, n° 394.

(2) Caen, 16 juillet 1851 (Dalloz, 1854, 5, 98).

d'intérêts privés. La cour de cassation l'a jugé ainsi, en maintenant un arrêt de la cour d'Orléans, par le motif que l'interprétation des juges du fait était souveraine (1).

N° 2. DE LA NOVATION.

276. « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions » (art. 1281), sauf au créancier à exiger leur accession; dans ce cas, si elles accèdent, elles seront tenues de la nouvelle dette en vertu d'un nouveau cautionnement; et si elles n'accèdent pas, l'ancienne créance subsiste avec le cautionnement qui y était attaché. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur l'article 1281, au titre des *Obligations*.

277. Quand y a-t-il novation? Sur ce point, il y a de grandes difficultés que nous avons examinées, au titre qui est le siége de la matière. En général, la réception, par le créancier, d'un billet à ordre n'opère pas novation et ne libère pas la caution. Il a été jugé qu'il en est ainsi alors même que le billet a été reçu après l'expiration du terme. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'intention du créancier; il n'avait délivré qu'une reconnaissance provisoire de la somme, sauf à délivrer une quittance après l'acquit du billet; ainsi la réception du billet n'était qu'un moyen de faciliter le payement (2); et il en est régulièrement ainsi, puisque l'on ne reçoit les billets que sous la condition tacite de l'encaissement.

Une mère s'engage à rembourser tous les effets que son fils remettra à un banquier, dans le cas où ces effets resteraient en souffrance. Le découvert de la maison de banque s'élevant, en 1843, à 83,000 francs, constatés par des traites restées non payées, le fils débiteur remplaça ces traites, qui étaient tirées sur des débiteurs fictifs, par d'autres qu'il souscrivit directement au profit du banquier. Les billets renouvelés n'ayant pas été payés, le banquier poursuivit la caution. Celle-ci prétendit que le renouvelle-

(1) Rejet, 13 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 133).
(2) Rejet, 12 février 1811 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 363).

ment des billets emportait novation. La cour de Paris jugea que la substitution d'effets souscrits directement aux mandats ou effets de correspondance précédemment négociés par le débiteur aux banquiers ne pouvait être considérée, à raison des circonstances dans lesquelles elle avait eu lieu, comme ayant opéré novation. La chose était évidente; le créancier ne pouvait avoir l'intention de faire novation, puisqu'il aurait perdu la garantie du cautionnement en recevant des billets qui n'avaient aucune valeur s'ils n'étaient garantis par la caution. Ce n'est donc pas dans l'intérêt du banquier que ces billets avaient été souscrits et reçus; la substitution s'était faite dans le seul intérêt du débiteur, à titre de prorogation d'échéance. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

278. L'article 2039 contient une application de ces principes ; il porte que « la prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement ». Proroger un terme n'est certes pas nover. Il y a cependant une considération que l'on pourrait faire valoir en faveur de la caution, c'est que le débiteur peut devenir insolvable pendant la prorogation du terme; il paraît contraire, sinon au droit strict, du moins à l'équité, de faire retomber cette insolvabilité sur la caution, alors qu'elle n'a pas consenti à la prorogation. C'est sans doute par ce motif que la coutume de Bruxelles avait disposé, contrairement au droit romain, que « lorsque quelqu'un s'est constitué fidéjusseur de payer à un jour fixé ou à terme limité, et que le créancier prolonge ledit jour ou terme de payement, ledit fidéjusseur est libéré. » La cour de Bruxelles a jugé que cette disposition de la coutume, dérogeant aux principes, était de stricte interprétation (2). Le code civil a donné satisfaction à l'équité, tout en maintenant le droit du créancier; d'après l'article 2039, la caution a, en cas de prorogation de terme, le droit de poursuivre le débiteur pour le forcer au payement; elle a donc

(1) Rejet, 16 juin 1846 (Dalloz. 1846, 1, 284).
(2) Bruxelles, 8 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 169).

un moyen d'empêcher que la prorogation ne lui devienne préjudiciable. C'est une conséquence de l'article 2032 : dès que la dette devient exigible, la caution peut agir contre le débiteur pour être indemnisée (1). Il est vrai que la prorogation de terme, ainsi interprétée, sera inutile au débiteur, car s'il ne peut pas être poursuivi par le créancier, il peut l'être par la caution. Mais il peut se mettre à l'abri de ces poursuites en prenant des arrangements avec la caution, dont le seul intérêt est d'obtenir des sûretés contre le danger de l'insolvabilité du débiteur.

279. « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé » (art. 2038). On cite cette disposition comme un exemple de novation (2); c'est plutôt un payement, puisque la dation en payement éteint l'ancienne dette, sans créer une obligation nouvelle. Il y aurait novation si le créancier consentait à éteindre la première dette moyennant la promesse du débiteur de lui donner un immeuble ou un autre effet en payement; cette promesse serait une dette nouvelle, qui prendrait la place de l'ancienne.

280. Les cautions solidaires peuvent-elles invoquer la disposition de l'article 2038? Oui, et sans doute aucun; l'acceptation d'un immeuble en payement, qu'elle constitue un payement proprement dit ou une novation, éteint la dette; et quand la dette est éteinte, il ne peut plus être question d'un cautionnement. On a soutenu le contraire devant la cour de cassation par de très-mauvaises raisons. La caution solidaire, dit-on, est un débiteur solidaire, et le débiteur solidaire ne peut invoquer une disposition exceptionnelle qui n'est faite que pour la caution. On a répondu qu'il n'est pas exact de dire que la caution qui s'oblige solidairement devient un débiteur solidaire. Il n'est pas plus exact de dire que l'article 2038 contient une disposition exceptionnelle; il ne fait qu'appliquer les principes élémentaires qui régissent le cautionnement (3).

(1) Lahary, Discours, n° 31 (Locré, t. VII, p. 444).
(2) Pont, t. II, p. 197, n° 398.
(3) Rejet, 10 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 283). Pont, t. II, p. 199, n° 401.

281. L'article 2038 déroge cependant en un point aux principes, c'est que la libération de la caution subsiste, alors même que le créancier est évincé de la chose qu'il a reçue en payement de la dette principale. Celui qui reçoit une chose en payement de ce qui lui est dû ne libère pas le débiteur d'une manière définitive, il ne le libère que sous la condition que le débiteur lui transfère la propriété de la chose; si le créancier en est évincé, la dation en payement est nulle, et, par suite, le débiteur n'est pas libéré; et si la dette principale subsiste, le cautionnement devrait aussi subsister. La loi maintient l'extinction du cautionnement par faveur pour la caution; mais, quelque favorable que soit le cautionnement, il ne faut pas perdre de vue que le créancier a traité sous la foi de cette garantie. L'orateur du Tribunat dit que la caution n'a garanti que la première obligation. Sans doute; mais cette première obligation est censée n'avoir pas été éteinte lorsque le créancier est évincé (1). On ne peut faire valoir, en faveur de la caution, qu'une seule considération : lorsque le créancier reçoit une chose en payement de ce qui lui est dû, la dette est échue, et, partant, la caution aurait le droit de poursuivre le débiteur pour être indemnisée; si elle ne le fait pas, c'est qu'elle sera régulièrement libérée par la dation en payement; il serait donc contraire à l'équité de l'exposer indéfiniment au recours du créancier en cas d'éviction (2). L'article 2038 étant une dérogation aux principes, on doit restreindre la disposition au cas formellement prévu par la loi. On ne peut pas l'étendre au cas où un payement est annulé; ce payement est censé n'avoir pas été fait, donc la dette subsiste ainsi que le cautionnement. On n'est pas dans les termes de l'article 2038, et on ne peut étendre une exception (3).

282. Le créancier peut-il se réserver ses droits contre la caution dans le cas où il serait évincé de la chose qu'il reçoit en payement? Ce serait une dation en payement conditionnelle, et la condition faisant défaut, il n'y aurait pas

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 467, nº 1162. Lahary, Discours, nº 30 (Locré, t. VII, p. 444).
(2) Orléans, 30 avril 1850 (Dalloz, 1851, 2. 29).
(3) Douai, 7 juillet 1875 (Dalloz, 1876, 2. 30).

de payement, partant pas d'extinction du cautionnement. On objecte que la réserve du créancier n'empêche pas que l'action de la caution contre le débiteur ait été paralysée. Cela nous paraît douteux. La caution peut agir contre le débiteur dès que la dette est échue, et le débiteur ne peut la repousser qu'en prouvant que la dette est éteinte; or, une dation en payement subordonnée à une condition n'entraîne pas l'extinction de la dette, en ce sens qu'elle ne donne pas à la caution la sécurité à laquelle elle a droit (1).

Les termes de l'article 2038 confirment notre opinion. Toute acceptation d'un immeuble en payement de la dette ne suffit point pour qu'il y ait extinction de la dette et du cautionnement; il faut, dit la loi, que l'acceptation soit *volontaire*. Qu'entend-on par acceptation volontaire? Nous avons déjà plusieurs fois rencontré ce mot; il indique toujours qu'un acte juridique a été fait dans une certaine intention. Ainsi l'article 1338 dit que l'exécution *volontaire* de l'obligation vaut confirmation; ce qui veut dire que l'exécution doit impliquer l'intention ou la volonté de confirmer l'acte nul. Dans l'article 1235, le mot *volontairement* a une signification analogue. De même l'acceptation d'une chose en payement de la dette n'est pas volontaire quand le créancier n'a pas la volonté de décharger le débiteur; ce qui implique une réserve ou une condition; tandis que l'acceptation sans réserve ni condition marque la volonté de libérer le débiteur et, par suite, la caution.

283. La cour de cassation a encore déduit une autre conséquence du mot *volontaire*. Un immeuble est hypothéqué pour sûreté de la dette cautionnée; le créancier s'en rend adjudicataire : peut-on dire de lui qu'il a accepté *volontairement* cet immeuble en payement de la créance? Non, dit la cour. Le créancier ne peut pas avoir, dans ce cas, l'intention de libérer la caution, car il ne sait point s'il viendra en ordre utile pour être payé de sa créance; ce n'est que lors du payement que la dette sera éteinte et que la caution sera libérée (2).

(1) Voyez, en sens divers, Troplong, n° 583; Duranton, t. XVIII, p. 485, n° 383, et Ponsot. p. 424. n° 337.
(2) Rejet, 19 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86).

La cour de cassation a également jugé que l'article 2038 est inapplicable lorsque le créancier a reçu des effets en payement en vertu de la convention, et qu'ensuite il en a été évincé par suite de la déclaration de faillite du débiteur. Nous citerons les termes de l'arrêt, parce qu'ils se rapprochent de l'opinion que nous venons d'émettre sur le sens du mot *volontaire*. Si, dit la cour, la caution est déchargée par l'acceptation volontaire que fait le créancier d'un immeuble en payement de la dette principale, encore que le créancier vienne à en être évincé, cette déchéance tient à la *renonciation présumée* du créancier à ses droits contre la caution. Cela suppose que, postérieurement au contrat, le créancier reçoit une valeur quelconque à la décharge de sa créance; il change, dans ce cas, la situation créée par le contrat de cautionnement; il opère une novation qui annule ou modifie essentiellement, en ce qui concerne le cautionnement, la convention première. Si les effets reçus par le créancier lui ont été remis en vertu de la convention même, il n'y a aucun changement, aucune renonciation; donc tous les droits restent les mêmes (1).

N° 3. DE LA REMISE DE LA DETTE.

284. Les articles 1287 et 1288 contiennent les dispositions suivantes sur l'effet de la remise de la dette en ce qui concerne le cautionnement :

« La remise ou *décharge conventionnelle* accordée au débiteur principal libère les cautions. »

« Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal. »

« Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. »

« Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. »

Ces dispositions ont été expliquées au titre des *Obliga-*

(1) Rejet, 23 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 84).

tions. Nous avons examiné aussi, en traitant de la remise de la dette, la question de savoir quel est l'effet de la remise *tacite* en ce qui concerne le cautionnement (t. XVIII, nos 370-373, 377, 378).

285. L'article 1287 suppose que le créancier a fait *remise volontaire* de la dette au débiteur principal; c'est le nom que l'article 1234 donne à ce mode d'extinction des obligations. En renonçant à la dette principale, le créancier renonce par cela même à l'obligation accessoire de la caution. Autre est la question de savoir si le débiteur à qui la remise est faite a une action contre la caution; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 237).

Il y a des remises qui ne sont pas volontaires : telle est celle que les créanciers accordent au débiteur failli en consentant un concordat. Les créanciers sont forcés de consentir à cette remise pour tirer le meilleur parti de leurs créances; voilà pourquoi l'avis de la majorité lie la minorité; ils doivent donc conserver leur droit entier contre la caution, car ils ont stipulé la garantie du cautionnement pour le cas de l'insolvabilité, et c'est cette insolvabilité qui les force de se contenter d'un payement partiel. Pothier et, à sa suite, les auteurs modernes donnent une autre raison: le concordat n'éteint que la dette civile pour la partie qui en est remise, mais il subsiste une obligation naturelle, laquelle est un fondement suffisant à l'obligation des fidéjusseurs. Cela suppose que les dettes naturelles peuvent être cautionnées; ce qui est très-douteux. La raison que l'on donne généralement souffre encore une autre difficulté. Si la dette naturelle qui survit au concordat peut être cautionnée, le créancier qui n'est payé qu'en partie agira contre la caution, et celle-ci, après avoir payé, aura un recours contre le débiteur principal; de sorte que la remise accordée au débiteur sera inutile. Pothier répond à l'objection que la caution qui paye le total est, en qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligée, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au concordat et de souffrir la remise que le concordat fait au débiteur (1). Il y a une ma-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 380.

nière plus simple d'expliquer la situation de la caution; elle a cautionné le débiteur pour le cas où il serait insolvable, elle doit donc supporter la perte résultant de l'insolvabilité; mais si elle paye toute la dette, elle doit aussi avoir le droit de réclamer le remboursement de ses avances contre le débiteur. Ce recours est-il limité par le concordat? Cette question appartient au droit commercial.

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion qui conserve au créancier son action contre les cautions du failli concordataire (t. XVIII, n° 371); et elle a été consacrée, en France, par la loi de 1838 sur les faillites (art. 545 du code de com.), et, en Belgique, par la loi du 18 avril 1851 (article 541).

286. Les dispositions des nouveaux codes de commerce ont soulevé une autre difficulté. Il arrive souvent que le débiteur prend des arrangements avec ses créanciers, sans observer les formalités prescrites par la loi pour les faillites et le concordat. On demande s'il faut appliquer aux concordats faits à l'amiable le principe qui régit les concordats judiciaires, en ce qui concerne le droit des créanciers contre les cautions. La cour de cassation s'est prononcée pour la négative, et nous croyons qu'elle a bien jugé. En règle générale, dit la cour, la remise faite au débiteur principal libère la caution; la loi sur les faillites déroge à cette règle lorsque la remise a été accordée par un concordat. Cette dérogation doit être restreinte au cas où un concordat a été formé par la réunion des conditions exigées par le code de commerce, après l'accomplissement des formalités prescrites en matière de faillite. Mais les caractères et les effets d'un concordat ne sauraient appartenir à un arrangement intervenu, alors qu'il n'y a eu ni déclaration de faillite, ni vérification de créances, ni surveillance d'un juge-commissaire, ni homologation du tribunal. En l'absence de ces conditions et de ces garanties légales, il n'y a pas de concordat, il n'y a qu'une convention ordinaire, obligatoire seulement pour ceux qui y ont été parties en vertu du consentement individuel de chacun d'eux. Quelle est la loi qui régit ces arrangements quant

aux cautions? C'est l'article 1287 : la remise accordée au débiteur profite à la caution (1).

287. Dans la même affaire il s'est présenté une autre difficulté qui a donné lieu à un nouveau pourvoi. Le demandeur admettait, avec l'arrêt que nous venons d'analyser, que la remise résultant d'un concordat amiable libère les cautions, mais il soutenait que ce principe ne recevait pas d'application au cas où les créanciers n'avaient consenti la remise que sous la réserve de leurs droits contre les cautions. De là la question de savoir si une pareille réserve est valable. L'article 1285 la permet aux coobligés solidaires; pourquoi ne serait-elle pas permise à l'égard des cautions? La cour de cassation n'a pas admis cette doctrine; elle a jugé que l'article 1285 n'est applicable qu'aux débiteurs solidaires; le cautionnement reste soumis au principe que l'accessoire suit le principal; il implique donc contradiction que le créancier renonce à une partie de ses droits contre le débiteur principal, en se les réservant contre la caution; ce serait faire remise d'une main et la retirer de l'autre, puisque la caution, obligée de payer, aurait un recours contre le débiteur principal (2).

L'opinion consacrée par la cour de cassation est en harmonie avec la tradition. Lorsque, dit Pothier, le créancier accorde, *par libéralité*, un terme à son débiteur, il ne peut pas valablement en exclure la caution. En effet, cette convention transforme une obligation pure et simple en une obligation à terme; l'obligation des cautions reçoit nécessairement la même modification, car il est de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution ne dépasse pas celle du débiteur principal. Pothier suppose que le terme a été accordé *par libéralité*; c'est pour distinguer, comme lui-même l'explique, la remise *volontaire* de la remise *forcée* que les créanciers font par nécessité au débiteur insolvable; celle-ci ne profite pas à la caution, de sorte qu'il est inutile que le créancier réserve ses droits à son égard; tandis que la remise *volontaire*, en éteignant la dette principale, éteint

(1) Cassation, 17 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 219). Comparez mon t. XVIII, n° 371.
(2) Rejet, 30 mars 1869 (Dalloz, 1869, 1, 512).

nécessairement l'obligation accessoire de la caution (1).

288. Il se peut cependant que la remise consentie volontairement par un créancier à son débiteur ne libère pas les cautions, et que la réserve que le créancier a faite de ses droits contre la caution soit valable. Cela arrive quand les conventions des parties intéressées sauvegardent les droits de la caution. Voici le cas qui s'est présenté devant la cour d'Orléans. Une maison de banque, créancière par suite d'une ouverture de crédit cautionnée jusqu'à concurrence d'une somme de 12,500 francs, s'arrangea avec son débiteur; par suite de cette convention, le crédité se libérait, moyennant le payement de 16,000 francs, d'une somme bien plus considérable qu'il devait à la Banque. En donnant quittance au débiteur, les banquiers s'étaient expressément réservé le droit de poursuivre les cautions pour le surplus de leur créance; et ils avaient stipulé, en outre, que le débiteur ne pourrait pas opposer la remise qui lui était faite, dans le cas où la caution payerait la dette et serait subrogée par le créancier. La caution, poursuivie par les créanciers, opposa la remise qu'ils avaient accordée au débiteur. Cette défense fut rejetée en première instance et en appel. La cour dit que la réserve de leurs droits faite par les créanciers était licite, parce qu'elle n'aggravait aucunement la position de la caution, ni à l'égard du débiteur ni à l'égard du créancier. Cela résultait de la clause portant qu'en cas de payement par la caution, le débiteur ne pourrait pas lui opposer la remise; donc, malgré la remise, la caution conservait tous ses droits contre le débiteur. En définitive, la remise n'avait d'effet qu'entre le créancier et le débiteur, et, dans ces termes, on n'en pouvait contester la validité (2).

N° 4. DE LA COMPENSATION

289. « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal » (art. 1294).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 380. Pont. t. II, p 202, n° 407.
(2) Orléans, 6 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 224).

Nous avons expliqué cette disposition au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 423).

290. Il a été jugé que la caution solidaire ne pouvait pas invoquer le principe de l'article 1294, parce que ce même article porte que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. La cour de Colmar ne donne aucun motif de sa décision; elle est fondée sans doute sur l'article 2021, qui semble assimiler la caution solidaire au codébiteur solidaire (1). Nous avons déjà remarqué bien des fois que c'est faire dire à l'article 2021 ce que le législateur n'a pas entendu dire. La loi dit seulement que la caution solidaire ne peut opposer au créancier le bénéfice de discussion, elle ne dit pas que la caution solidaire reste caution quand la dette qu'elle a cautionnée est éteinte, en tout ou en partie, par voie de compensation. L'article 1294, de son côté, doit être restreint aux termes de la loi qui ne parle que des codébiteurs; c'est une disposition tellement anormale, que l'on ne parvient pas à l'expliquer; il faut donc se garder de l'étendre. C'est l'opinion unanime des auteurs (2).

N° 5. DE LA CONFUSION ET DES AUTRES MODES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

291. L'article 1301 porte : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions; celle qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne pas l'extinction de l'obligation principale. » Nous renvoyons au titre des *Obligations* quant à l'influence que la confusion exerce sur le cautionnement (t. XVIII, n°s 501-503).

292. Il est inutile de parcourir les autres modes d'extinction des obligations : toute extinction de l'obligation principale éteint le cautionnement. Un arrêt récent de la cour de cassation applique le principe à l'obligation du créancier surenchérisseur. Aux termes de l'article 2185, le

(1) Colmar, 16 juin 1821 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 338).
(2) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 206, n° 416, et mon t. XVIII, n° 427.

créancier surenchérisseur s'oblige de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire. Comme garantie de cet engagement, il doit donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges; d'après la loi belge, le cautionnement est réduit à 25 pour 100 du prix et des charges (art. 115). Le créancier surenchérisseur est dégagé de son obligation lorsque l'immeuble est porté aux enchères, et que son offre de surenchère a été couverte par une enchère nouvelle (code de proc., art. 705 et 838); et dès que l'obligation principale est éteinte, le cautionnement est aussi éteint. Dans l'espèce, il se présentait un doute. Le créancier surenchérisseur, concourant aux enchères, était devenu, en définitive, adjudicataire en vertu d'une nouvelle mise à prix; on prétendait, en conséquence, que le cautionnement subsistait. L'erreur était palpable. En effet, la caution garantit uniquement l'obligation du créancier qui demande que l'immeuble soit mis aux enchères; et cette obligation n'a qu'un seul objet, c'est de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus du prix offert par le tiers acquéreur qui purge. Du moment que cette obligation est remplie, il ne peut plus y avoir de cautionnement (1).

293. Le code traite du serment et de la chose jugée au chapitre des *Preuves*. Cependant le serment implique une transaction, donc une convention; et le jugement est un contrat judiciaire. Quel est l'effet de ces conventions tacites sur le cautionnement? La loi n'en parle pas en traitant de la chose jugée; elle dit, en parlant des effets du serment, que le serment déféré au débiteur principal libère les cautions et que celui déféré à la caution libère le débiteur principal. Cela suppose que le serment est prêté et que, par suite, le débiteur est libéré. Que faut-il décider si le serment est défavorable au débiteur? La même question se présente pour la chose jugée. Nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (t. XX, n° 119) (2).

(1) Rejet, chambre civile, 2 août 1870 (Dalloz, 1870, 1, 344).
(2) Comparez Pont, t. II, p. 203, n°s 411 et 412.

§ III. *Des exceptions que la caution peut opposer.*

294. « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur » (art. 2036).

La matière des exceptions se lie à celle de l'extinction de l'obligation principale, parce que d'ordinaire l'exception est une fin de non-recevoir que le débiteur oppose au créancier et qui fait tomber la demande. Mais les exceptions ont un objet plus général; il y en a qui n'ont pas pour objet l'extinction de la dette principale, mais qui en ajournent seulement l'exécution. Voici un exemple donné par Pothier. Le débiteur principal transige avec le créancier sur la validité de la dette et s'oblige de la payer, mais à la charge qu'il aura un terme de trois ans. Il en résulte une exception que le débiteur peut opposer au créancier si celui-ci agissait avant ce délai. Cette exception peut être opposée par la caution, quoiqu'elle n'ait pas été partie à la convention, parce qu'elle est inhérente à la dette. L'exception de chose jugée, au contraire, ainsi que celle du serment décisoire tendent à faire déclarer la demande non fondée à raison de l'extinction de l'obligation principale; la caution peut aussi les opposer, comme nous venons de le dire (n° 293) (1).

295. La caution peut opposer les exceptions réelles; elle ne peut pas opposer les exceptions personnelles. Qu'entend-on par exceptions réelles? L'article 2036 dit que ce sont celles qui sont inhérentes à la dette; elles sont fondées sur la chose, dit Pothier, c'est-à-dire sur la dette même; tandis que les exceptions personnelles, comme le mot l'indique, sont fondées sur quelque raison qui est personnelle au débiteur.

Chabot, dans son rapport au Tribunat, expose le fondement de cette distinction et il donne des exemples qui en font comprendre la portée. Le rapporteur considère les

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 380.

exceptions comme des moyens qui détruisent l'obligation principale; quand ces moyens résultent de la nature du contrat, ils détruisent aussi le cautionnement; mais s'ils sont attachés à la personne du débiteur, ils ne peuvent servir qu'à lui; par suite, la caution n'est pas reçue à les opposer.

Les vices du consentement, l'erreur, le dol, la violence donnent à celui dont le consentement est vicié une action en nullité ou en rescision (art. 1117), et, par suite, une exception lorsque le créancier agit contre le débiteur. Cette exception est-elle réelle ou personnelle? Chabot répond, avec Pothier, qu'elle est réelle. En effet, les vices d'erreur, de dol ou de violence sont attachés au contrat même, puisqu'il ne peut exister de contrat sans le consentement de la personne qui s'oblige, et qu'il n'y a pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur, ou extorqué par violence, ou surpris par dol; le cautionnement ne peut donc exister si l'obligation principale est annulée ou rescindée.

Les causes d'incapacité, telles que la minorité, l'interdiction, produisent-elles des exceptions réelles ou personnelles? L'article 2012 répond à la question, en disposant que l'on peut cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple dans le cas de minorité. Ainsi le mineur peut faire annuler l'obligation pour cause d'incapacité, et il peut opposer au créancier l'exception de nullité; tandis que la caution ne peut pas s'en prévaloir. Chabot en dit la raison. Au moment où la caution s'est obligée, elle a pu prévoir que le débiteur se ferait restituer; elle s'est donc volontairement exposée à courir les risques de la restitution; et c'est précisément pour faire valoir l'obligation et pour se garantir de la restitution que le créancier a exigé un cautionnement (1). C'est dire que, dans l'intention des parties contractantes, la nullité de l'obligation principale, viciée pour incapacité, ne doit pas entraîner la nullité du cautionnement. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

(1) Chabot, Rapport, n° 25 (Locré, t. VII, p. 427). Duranton, t. XVIII, p. 415, n° 379. Comparez Pont, t. II, p. 192, n°s 386 et 387.

296. L'article 2036 divise les exceptions en *réelles* et *purement personnelles*. Cette dernière expression pourrait faire croire qu'il y a deux espèces d'exceptions non réelles, les exceptions *personnelles* et les exceptions *purement personnelles*. Marcadé a proposé cette explication, mais il est resté seul de son avis (1). Il suffit de lire le texte pour se convaincre que la loi n'admet pas trois espèces d'exceptions, qu'elle n'en admet que deux; si elle a ajouté le mot *purement* au mot *personnelles*, c'est pour marquer que l'on ne doit pas considérer comme *personnelle* toute exception dans laquelle la personne joue un rôle. Ainsi les vices de consentement sont en un certain sens personnels, parce que c'est la personne du débiteur qui est en cause, c'est lui qui est dans l'erreur, qui a été trompé ou violenté; ce qui n'empêche pas que les exceptions résultant de ces vices soient réelles, comme Chabot l'a très-bien expliqué. L'expression *purement personnelles* se trouve aussi dans l'article 1208, qui traite des exceptions qu'un codébiteur solidaire peut opposer au créancier; nous avons expliqué ailleurs ce que l'on entend par exceptions *purement personnelles* en matière de solidarité (t. XVII, n° 301). Le sens n'est pas le même dans l'article 1208 et dans l'article 2036. Ainsi, dans les obligations solidaires, les vices de consentement de l'un des débiteurs forment à son égard une exception purement personnelle, que ses codébiteurs ne peuvent pas opposer; tandis que la caution peut se prévaloir du vice de consentement qui entache l'obligation du débiteur principal (2). La raison de cette différence se comprend facilement. Les obligations des codébiteurs solidaires sont des obligations principales, il y a autant de liens distincts qu'il y a de personnes obligées; tandis que le cautionnement est une obligation accessoire qui ne se conçoit pas sans obligation principale.

297. L'expression *purement personnelles* ayant un sens différent dans les articles 1208 et 2036, on demande si la caution solidaire est régie par l'article 2036 à titre de cau-

(1) Pont, le continuateur de Marcadé, reconnaît l'erreur de celui-ci (t. II, p. 193, n° 388).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 683, note 15, § 426.

tion, ou par l'article 1208 à raison de son engagement solidaire? Nous répondons, et sans hésiter, que la caution, quoique tenue solidairement, reste caution, c'est-à-dire que son engagement accède à celui du débiteur principal; or, c'est sur ce caractère du cautionnement qu'est fondée la disposition de l'article 2036; donc la caution, quoique solidaire, peut s'en prévaloir; il est impossible que la caution soit obligée, alors que le débiteur principal ferait rescinder son engagement pour erreur, violence ou dol, puisqu'en principe il ne peut y avoir de cautionnement sans une obligation principale qui soit valable. On objecte l'article 2021; nous répondons, comme nous l'avons déjà fait, que l'article 2021 n'identifie pas le cautionnement solidaire et la dette solidaire; interpréter ainsi la loi, c'est lui faire dire une chose absurde; car ce serait dire que le cautionnement est une obligation principale, alors qu'il est de son essence d'être une obligation accessoire, et c'est ce caractère accessoire du cautionnement qui domine dans la question que nous discutons (1).

298. Pothier range parmi les exceptions personnelles celle qui est accordée au débiteur principal à raison de son état de pauvreté et d'insolvabilité. Cette exception n'existe plus dans nos lois, à ce titre; mais il y a des bénéfices qui ont leur fondement dans la détresse du débiteur. Tel est le délai de grâce que les tribunaux peuvent accorder au débiteur en considération de sa personne (art. 1244); ce qui marque que c'est une exception purement personnelle dans le sens de l'article 2036. Tel est encore le bénéfice de cession que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi (art. 1268); une faveur dont le débiteur jouit parce qu'il a éprouvé des malheurs qui ne lui sont pas imputables est certes une exception attachée à sa personne. Pothier met sur la même ligne le contrat d'atermoiement qui accorde au débiteur remise d'une partie de ses dettes et des termes pour le payement du surplus, mais il a soin d'ajouter qu'il s'agit de contrats auxquels le créancier a été obligé d'accéder, ce que nous appelons des concordats (2).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 684, note 16, § 426, et p. 675, note 7, § 423.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 380.

Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 285 et 286).

299. L'état de déconfiture ou de faillite du débiteur principal soulève une autre difficulté concernant la caution. D'après l'article 1188, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ce qui s'applique aussi à la déconfiture. On demande si la déchéance du terme encourue par le débiteur principal est aussi encourue par la caution. La question est controversée, et il y a des doutes. Nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 213).

300. L'article 2036 dit que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. C'est donc un droit que la caution exerce en son nom, et qu'elle tient de l'obligation accessoire qu'elle a contractée; ce n'est pas un droit du débiteur qu'elle exerce. La remarque est importante. Si la caution n'avait le droit d'opposer les exceptions que du chef du débiteur, elle perdrait ce droit si le débiteur renonçait aux moyens qu'il peut faire valoir; tandis que la renonciation du débiteur n'enlève pas à la caution les droits qu'elle exerce de son chef. Il a été jugé, en ce sens, que la confirmation de l'obligation par le débiteur principal n'enlève pas à la caution le droit d'en opposer la nullité (1); c'est une application de l'article 2036, plutôt que de l'article 1338, comme nous l'avons dit, au titre des *Obligations* (t. XVIII, n° 659). Il en serait de même si le créancier renonçait à la prescription (2); nous reviendrons sur ce point au titre qui est le siége de la matière.

301. Il suit du même principe que la caution peut intervenir dans les instances qui sont engagées entre le créancier et le débiteur principal; et elle peut attaquer le jugement, soit par appel, soit par cassation, quoique le principal obligé y acquiesce. La caution peut encore former tierce opposition aux jugements passés en force de chose jugée qui sont intervenus entre le débiteur et le

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 176).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 684, note 17, § 426.



créancier. Cela est reconnu par tout le monde (1); nous n'y insistons pas, parce que ces conséquences tiennent à la procédure.

§ IV. *Du droit accordé à la caution par l'article* 2037.

N° 1. PRINCIPE.

302. « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution » (art. 2037). Quand la dette principale est garantie par des hypothèques, des priviléges ou d'autres sûretés, la caution s'engage en vue de ces garanties qui lui assurent son remboursement si elle paye la dette, puisque par le payement elle est subrogée à tous les droits du créancier. La subrogation est donc une condition de son engagement; de là suit que si, par son fait, le créancier a rendu la subrogation impossible, la caution doit être déchargée. Non pas que la caution soit libérée de plein droit, comme l'article 2037 semble le dire. Pothier rapporte la décharge de la caution à ce principe commun à tous les contrats synallagmatiques « que lorsque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne suis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre lorsque, par ma faute, je manque à la mienne » (2). Le code a déduit de ce principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats bilatéraux. Il en résulte encore, dans l'opinion générale, que celle des parties qui est poursuivie peut opposer l'exception que l'autre partie n'a pas rempli son obligation : c'est ce que, dans la pratique, on nomme l'exception *non adimpleti contractûs*. C'est aussi sous forme d'exception que la caution exerce le droit que lui confère l'article 2037. Pothier l'appelle l'exception *cedendarum actionum*. Dans l'ancienne jurisprudence, la caution n'était

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Caution*, § IV, n° III. Aubry et Rau, t. IV, p. 684, note 19, § 426.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 557. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 467, n° 1161. Duranton, t. XII, p. 284, n° 171.

pas subrogée de plein droit au créancier; elle ne succédait à ses droits que par l'effet d'une cession d'actions que le créancier consentait lors du payement. Cette cession a été remplacée par la subrogation légale; de sorte que l'exception devrait prendre le nom d'*exception de subrogation*; la tradition l'a emporté sur l'innovation de la loi; on continue à donner au droit de la caution le nom d'exception *cedendarum actionum*, bien que le code ignore la cession d'actions, devenue inutile par suite de la subrogation légale.

303. L'article 2037 accorde à la caution l'exception de subrogation. La première condition requise pour invoquer le bénéfice de cette exception est donc d'être caution dans le sens de l'article 2011, qui définit le cautionnement. Un arrêt récent de la cour de cassation a fait l'application de ce principe à l'espèce suivante. Cession d'une créance garantie par le privilége du vendeur. Le cédant s'oblige à payer lui-même la créance cédée, à défaut par le débiteur de le faire dans la huitaine du commandement qui lui serait signifié. En 1867, le cessionnaire, n'ayant pu se faire payer, s'adressa au cédant. Celui-ci promit de payer moyennant subrogation. Aucune suite ne fut donnée à cette promesse; nouvelle demande en 1869. Il se trouva que l'inscription du privilége n'avait pas été renouvelée; de sorte que le privilége était devenu inefficace. Le cédant, se considéra comme caution, et invoqua le bénéfice de l'article 2037: la subrogation étant devenue impossible par la négligence du cessionnaire, le cédant se prétendit déchargé. Cette défense ne fut pas admise. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 2037. La chambre des requêtes décida que le jugement attaqué n'avait fait qu'interpréter les conventions des parties, en considérant le cédant, non comme caution, mais comme débiteur direct et principal; ce qui rendait l'article 2037 inapplicable (1).

Par la même raison, le tiers détenteur, qui est tenu de payer la dette s'il veut éviter l'expropriation, ne peut pas invoquer l'exception de subrogation, car il n'est pas caution. Nous reviendrons sur la question au titre des *Hypothèques*.

(1) Rejet, 31 janvier 1870 (Dalloz, 1871, 1, 22).

304. Toute caution a l'exception de l'article 2037, même la caution solidaire. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. En effet, les motifs pour lesquels la loi accorde la décharge à la caution s'appliquent à la caution solidaire; celle-ci est d'autant plus intéressée à jouir de la subrogation, qu'elle est tenue solidairement et qu'elle ne jouit pas des bénéfices de discussion et de division. En s'engageant, elle a compté sur la subrogation, de même que la caution non solidaire; si la subrogation, condition de son engagement, ne peut avoir lieu par le fait du créancier, le contrat de cautionnement est rompu par celui-ci; partant la caution doit être déchargée. La question est cependant controversée en doctrine et en jurisprudence.

L'opinion contraire est vivement soutenue par Troplong, et il y a aussi quelques arrêts en ce sens. Troplong va jusqu'à dire qu'il ne comprend pas comment la jurisprudence de la cour de cassation, qui est aussi celle de la plupart des cours d'appel, ait trouvé des partisans. Il traite cette jurisprudence avec une sévérité extrême, en accusant les magistrats d'ignorance. Malgré cette violente critique, les auteurs se sont rangés à l'avis de la cour de cassation (1), et l'opinion de Troplong est restée presque isolée; sa doctrine a été combattue et réfutée si souvent, que l'on peut affirmer qu'elle est ruinée dans ses fondements; et il ne vaudrait pas la peine de revenir sur la réfutation si ce n'était le genre d'argumentation que Troplong oppose à l'opinion générale. La cour de cassation invoque le texte de l'article 2037; Troplong lui répond presque avec dédain : « Ces raisons de texte, dit-il, si crues et si *matérielles* sont désespérantes. Si la loi devait toujours être interprétée de cette façon *machinale*, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les codes écrits... Un point de droit n'est solidement établi dans la science qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec l'esprit de

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. IV, p. 696, note 19, § 429, et dans Pont, t. II, p. 179, n° 368. Il faut ajouter Gand, 15 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 274), 25 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 301), et 22 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 234).

la loi. Citer le texte seul, *sèchement* et *judaïquement*, c'est prendre la moitié la *moins décisive* de l'autorité légale et négliger la *meilleure* (1). » Rien de plus séduisant que ce système d'interprétation, cependant il est radicalement faux. Nous prenons régulièrement appui sur le texte et sur l'esprit de la loi, mais lorsque le texte est clair, nous suivons la règle que les auteurs du code civil eux-mêmes ont tracée. Nous l'avons bien des fois transcrite, afin de nous abriter derrière cette haute autorité; nous la transcrivons encore, et nous l'opposons avec confiance au premier président de la cour de cassation: « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit (2). » L'esprit de la loi est toujours plus ou moins douteux; s'en prévaloir contre le texte clair et formel, c'est invoquer l'intention incertaine du législateur contre une volonté certaine. Une pareille interprétation conduit presque nécessairement à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire. C'est ce qui est arrivé à Troplong.

Troplong pose comme principe que la subrogation légale n'est pas le motif de la déchéance prononcée par l'article 2037, il le cherche dans le bénéfice de discussion; de là la conséquence que la caution solidaire qui ne jouit pas de ce bénéfice ne peut invoquer l'exception de l'article 2037. Sur quoi Troplong fonde-t-il son prétendu principe? Sur la tradition. Nous avons un respect profond pour la tradition, mais à une condition, c'est qu'il soit certain que les auteurs du code civil l'aient consacrée. Quelle est la tradition du code? Personne ne l'ignore, et on ne saurait le contester, la tradition pour les auteurs du code se résume dans Pothier; eh bien, nous avons cité Pothier (n° 302) pour expliquer et justifier l'exception établie par l'article 2037. Vainement Troplong nie-t-il que cette exception soit fondée sur la subrogation, le contraire est écrit dans le texte : « La caution est déchargée lorsque *la subrogation aux droits du créancier ne peut plus*, par le fait de ce créancier, *s'opérer*

(1) Troplong, *Du cautionnement*, n° 558.
(2) Voyez le tome I de mes *Principes*, p. 342, n° 273.

en faveur de la caution. » Ainsi la vraie tradition et le texte sont d'accord. Où Troplong va-t-il chercher sa tradition? Dans Casaregis, dont l'autorité, dit-il, est toujours si grave en matière de commerce. Sommes-nous dans une matière commerciale? s'agit-il d'un antique usage de commerce? Il s'agit d'un principe de droit civil; avant d'opposer Casaregis au texte et de mettre son opinion au-dessus de la loi, il faudrait prouver que le législateur français a connu cette opinion et qu'il a entendu la suivre, car c'est là ce que l'on entend par l'esprit de la loi. Et nous attendons toujours cette démonstration. Ouvrons les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat et demandons-leur les motifs de l'article 2037; ils nous diront ce que le texte dit, à savoir que l'exception que la loi donne à la caution est l'exception de subrogation.

« Nous avons vu, dit Treilhard, que le payement fait au créancier devait opérer une *subrogation de droit* au profit de la caution; le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation (1). » Voilà le commentaire officiel de la loi; la loi est si claire, que l'orateur chargé d'en exposer les motifs ne fait que la paraphraser; et Treilhard, membre du conseil d'Etat, rapporteur de la section de législation, dit, comme le texte, que l'exception de l'article 2037 est fondée sur la subrogation. Pas un mot du prétendu lien qui existerait entre le bénéfice de discussion et l'exception de l'article 2037. Nous le demandons : qui a le plus d'autorité en cette matière, ceux qui ont fait la loi, ou Casaregis? Et de quel droit accuse-t-on d'ignorance les magistrats qui n'ont pas lu Casaregis, alors que les auteurs du code ont dit et entendu dire le contraire de ce que dit le jurisconsulte italien?

Le rapport au Tribunat sur le titre du *Cautionnement* a été fait par Chabot, jurisconsulte bien supérieur à Troplong; son commentaire sur le titre des *Successions* est un chef-d'œuvre qui restera, alors que les commentaires de Troplong seront oubliés. Que dit le rapporteur de la section de

(1) Treilhard, Exposé des motifs, nº 22 (Locré, t. VII, p. 419).

législation du Tribunat? Il dit ce que vient de nous dire l'orateur du gouvernement : « Quand le créancier s'est mis hors d'état de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée. Alors elle n'aurait plus un recours aussi assuré contre le débiteur; et il est juste que le créancier, s'il veut la contraindre à lui payer la dette, lui confère tous ses droits contre le principal obligé (1). » Ainsi c'est toujours sur la subrogation que les auteurs du code se fondent pour justifier la décharge de la caution; nous avons donc raison de l'appeler exception de subrogation. Chabot, pas plus que Treilhard, ne dit un mot qui puisse faire soupçonner qu'il y ait un rapport entre l'exception de subrogation et l'exception de discussion.

On dit que le créancier ne contracte aucune obligation à l'égard de la caution, et que, notamment, il ne s'oblige pas à conserver les actions qui appartiennent à la caution quand elle paye la dette. C'est là ce fameux argument de Casaregis que Troplong oppose à la jurisprudence. Il faut s'entendre : que le créancier ne contracte aucune obligation par le contrat de cautionnement, personne n'en doute, puisqu'il est de principe que le cautionnement est une convention unilatérale. Est-ce à dire que, par son fait, le créancier puisse rendre impossible la subrogation, qui est une condition de l'engagement de la caution? S'il le fait, l'équité, sinon le droit strict, demande qu'il soit déchu du droit d'agir contre la caution. C'est aussi sur l'équité, plutôt que sur la rigueur du droit, qu'est fondée la condition résolutoire tacite de l'article 1184. Voici ce que dit l'orateur du Tribunat : « Le fidéjusseur doit sans doute s'interdire tout ce qui pourrait compromettre la garantie de l'obligation qu'il a cautionnée; mais, de son côté, le créancier ne doit-il pas s'interdire aussi tout ce qui tendrait à ravir au fidéjusseur les moyens d'être indemnisé du cautionnement qu'il a fourni? C'est pour maintenir entre eux ce *devoir de réciprocité* que le projet décharge le fidéjusseur de son obligation lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce

(1) Chabot, Rapport, n° 26 (Locré, t. VII, p. 427).

créancier, s'opérer en sa faveur (1). » Lahary dit tout le contraire de Casaregis : donc les auteurs du code ont ou ignoré cette prétendue tradition que l'on oppose au code, ou ils n'en ont tenu aucun compte. Dans tous les cas, il faut l'écarter. Quand les organes des deux corps délibérants qui ont pris part à la rédaction du code civil sont d'accord sur le fondement et le sens d'une disposition, et que cette disposition est en même temps claire et formelle, on doit dire, avec le *Livre préliminaire*, que c'est éluder la loi que de se prévaloir de l'esprit contre la lettre.

305. Il nous faut dire un mot de la jurisprudence : mérite-t-elle le dédain que Troplong lui témoigne? Le premier arrêt de la cour de cassation répond d'avance au reproche que Troplong fait à la jurisprudence en général : elle ignore, dit-on, l'argument de Casaregis, elle impose au créancier l'obligation de conserver les garanties attachées à la créance, afin d'y subroger sa caution; tandis que, en réalité, le créancier n'a aucune obligation à l'égard de la caution. La chambre civile répond que l'article 2037 n'est, au fond, que l'application des articles 1382 et 1383, et embrasse, par conséquent, le cautionnement solidaire aussi bien que le cautionnement simple (2). Dans un arrêt postérieur, la chambre des requêtes a reproduit le même argument (3). En droit général, dit-elle, chacun est responsable du dommage causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence; or, le recours de la caution, solidaire ou non, peut être compromis et même annihilé par la négligence du créancier à conserver les droits attachés à sa créance. Ce principe, de rigoureuse justice et d'équité, consacré par l'article 1383, est spécialement appliqué au cautionnement par l'article 2037. Cette argumentation nous laisse quelque doute. Au fond nous sommes d'accord, il y a faute de la part du créancier à laisser périr des garanties en vue desquelles la caution s'est engagée; mais est-ce une faute contractuelle ou un quasi-délit? Les arti-

(1) Lahary. Discours, n° 29 (Locré, t. VII, p. 443).
(2) Rejet, chambre civile, 17 août 1836 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 334).
(3) Rejet, 20 mars 1843 (Dalloz, *ibid.*, p. 599).

cles que la cour de cassation cite concernent les *engagements qui se forment sans convention;* telle est la rubrique du titre sous lequel se trouvent les articles 1382 et 1383. Or, quand une caution s'engage envers le créancier, il y a un contrat; il s'agit de savoir si ce contrat impose une obligation au créancier; si le créancier n'est pas obligé, en vertu de la convention, à conserver les droits attachés à la créance, il serait difficile de voir un quasi-délit dans le fait de les laisser périr. Nous croyons, avec les orateurs du gouvernement et du Tribunat, qu'il y a une obligation à charge du créancier, qu'elle ait sa source dans l'équité ou dans le droit strict, peu importe; toujours est-il que la loi la sanctionne, et en fait, par conséquent, une obligation civile.

Les autres arrêts de la cour de cassation ne reproduisent pas l'argument puisé dans les articles 1382 et 1383, ils se bornent à invoquer le texte; est-ce là une interprétation *mécanique,* comme le dit Troplong? Et faut-il regretter l'ancien régime sous lequel les tribunaux jouissaient d'un pouvoir presque législatif? Sur cette dernière question il y aurait bien des choses à dire, ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat. Nous avons des codes; il en résulte que les interprètes n'ont plus la liberté d'allures qu'avaient les anciens jurisconsultes; ils ne font plus le droit, ils interprètent les lois; et quand les lois sont claires, il n'y a pas lieu de les interpréter, il ne reste qu'à en faire l'application. Est-ce que l'article 2037 est si obscur qu'il faille en demander l'explication à une tradition que bien probablement les auteurs du code ignoraient? L'article 2037 parle de la caution en général; d'où la cour de cassation conclut qu'il n'est pas permis de distinguer entre la caution solidaire et la caution simple. Est-ce là une interprétation *mécanique* et *matérielle?* Le second arrêt que la cour de cassation a rendu en cette matière dit simplement qu'il n'existe aucune distinction, dans l'article 2037, entre la caution solidaire et la caution ordinaire. Il n'est pas dans les habitudes de la cour de cassation de développer longuement les motifs sur lesquels elle fonde ses décisions; elle ne le fait surtout pas quand elle prononce un arrêt de rejet,

il faut alors chercher les motifs de décider dans l'arrêt que la cour confirme. Or, dans l'espèce, la cour d'appel avait insisté sur l'argument de texte ; elle avait fait la remarque très-juste que non-seulement l'article 2037 ne distinguait point entre la caution solidaire et la caution simple, mais qu'il venait à la suite d'articles qui évidemment s'appliquent à l'une et à l'autre (1). Voilà l'argumentation de texte, elle n'est ni sèche ni mécanique. Il est vrai que dans les arrêts postérieurs la cour de cassation se borne toujours à citer le texte ; mais ces décisions, quoique laconiques, sont très-remarquables. On invoquait l'autorité de Troplong, déjà considérable ; eh bien, la cour ne prend pas la peine d'y répondre (2) : a-t-elle voulu rendre dédain pour dédain ?

Il y a un article que l'on pouvait invoquer contre la jurisprudence, c'est la disposition qui paraît assimiler complétement la caution solidaire au codébiteur solidaire ; or, le codébiteur solidaire, dans l'opinion générale que nous avons enseignée, ne jouit pas de l'exception de l'article 2037 (t. XVII, n° 342). La cour de Pau a répondu à l'objection, et nous ne voyons pas, par les recueils de jurisprudence, qu'elle ait été reproduite devant la cour de cassation. Il n'est pas exact de dire que l'article 2021 identifie la caution solidaire et le débiteur solidaire ; la loi, comme nous l'avons dit et répété, entend seulement refuser à la caution solidaire le bénéfice de discussion, en se fondant sur l'engagement solidaire qu'elle a pris. Autre est la question de savoir si la caution solidaire a l'exception de subrogation, puisque cette exception, dans la doctrine que la jurisprudence a consacrée, n'a rien de commun avec le bénéfice de discussion ; et, en principe, il n'y a rien d'incompatible entre l'engagement solidaire que prend la caution et l'exception de subrogation, car la caution solidaire est subrogée aussi bien que la caution simple. Donc l'article 2021 ne limite pas la disposition générale de l'article 2037.

306. L'article 2037 dit que la caution est *déchargée* lorsque, par le fait du créancier, la subrogation à ses droits,

(1) Rejet, 9 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 70). Rejet, 16 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 103). Rejet, chambre civile, 23 février 1857 (Dalloz, 1857, 1, 88).
(2) Pau, 3 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 334).

hypothèques et priviléges ne peut s'opérer. Faut-il conclure de là que la décharge est complète, c'est-à-dire que la caution est libérée? La décharge peut être absolue, elle peut être partielle, cela dépend du préjudice que le fait du créancier a causé à la caution. En effet, le droit que l'article 2037 accorde à la caution est une exception que celle-ci peut opposer à l'action du créancier; l'exception est fondée sur ce que le créancier a détruit, en tout ou en partie, les garanties qui assuraient le payement de la créance; si les garanties assuraient le payement de toute la dette, et si elles ont péri par la faute du créancier, la caution sera entièrement déchargée; si elles n'ont péri qu'en partie, la décharge sera proportionnelle au préjudice éprouvé par la caution. Pothier le dit du cas où la dette est cautionnée par plusieurs cofidéjusseurs; le créancier remet le cautionnement à l'un d'eux, les autres seront déchargés de la part que la caution libérée devait supporter dans la dette; la décharge n'est pas totale, parce que le fait du créancier n'a privé les cautions que de leur recours pour une partie de la dette, celle que le fidéjusseur aurait dû y supporter; c'est là le préjudice que le créancier leur cause, et la réparation ne peut pas excéder le préjudice (1). Il en est de même quand la dette était garantie par des hypothèques ou des priviléges. Si, pour une dette de 100,000 francs, deux maisons sont hypothéquées, chacune d'une valeur de 50,000, et si l'une de ces hypothèques périt par le fait du créancier, la caution sera déchargée pour moitié; elle ne peut pas être déchargée pour le total, puisqu'elle conserve la subrogation à l'une des hypothèques, ce qui lui assure le payement de la moitié de la dette; son préjudice n'étant que de moitié, la décharge ne peut être que de moitié. Le calcul n'est pas toujours aussi simple; on s'est prévalu de ces difficultés de fait pour en conclure que la décharge devait être complète, comme le veut le texte de la loi. D'abord la loi ne dit pas que la décharge a nécessairement lieu pour le total; vainement dit-on que le texte est conçu en termes généraux, il faut distinguer, puisque la nécessité

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 557.

de la distinction résulte du principe même que la loi établit; il serait absurde que la réparation dépassât le préjudice. Qu'importent après cela les difficultés de fait? Ces difficultés existent toujours quand il s'agit d'évaluer le dommage que la faute de l'une des parties cause à l'autre, et certes on ne peut s'en prévaloir pour soutenir que les dommages-intérêts doivent toujours comprendre le montant total du droit. La cour de Toulouse l'a jugé ainsi dans un cas où le bailleur, après avoir fait saisir, en vertu de son privilége, les meubles qui garnissaient la ferme, donna mainlevée de la saisie-gagerie : comment calculer exactement le préjudice causé par cette remise et la décharge partielle qui en doit résulter? Quelle était la valeur des meubles grevés du privilége? à quel prix auraient-ils été vendus? quelle somme aurait dû être distraite pour les frais? Ces difficultés sont réelles; mais des difficultés de fait ne peuvent pas rendre illimité un droit qui, de sa nature, est limité (1).

307. Par application du même principe, il faut décider que la caution ne serait pas déchargée, pas même partiellement, si les garanties périssaient pour le tout par le fait du créancier, mais que ces garanties eussent été inefficaces, en supposant qu'elles eussent été conservées. Telle serait une hypothèque sur des biens valant 100,000 francs pour la sûreté d'une créance de 100,000; l'hypothèque périt par le fait du créancier, mais il se trouve qu'elle était primée par des créances antérieures qui absorbaient toute la valeur de l'immeuble. Il y a faute du créancier dans ce cas, mais il n'y a pas préjudice; dès lors il ne peut y avoir lieu à indemnité. C'est l'application du principe élémentaire qui régit les dommages-intérêts : il n'y a pas lieu à dommages-intérêts quand il n'y a pas de dommage causé. La cour de cassation l'a jugé ainsi par un arrêt de principe. Si la caution est déchargée, c'est à titre d'indemnité, donc à raison du préjudice que le fait du créancier cause à la caution; quand le dommage est nul, il n'y a pas lieu d'indemniser

(1) Toulouse, 2 janvier 1823 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 357). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. IV, p. 696, note 17, § 429, et les auteurs qu'ils citent.

la caution, en la déchargeant de son obligation. Or, dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait que la transaction consentie par le créancier, loin de priver la caution d'un recours utile, était, au contraire, de nature à lui bénéficier; dès lors il ne pouvait être question d'indemniser la caution pour un préjudice qu'elle n'avait pas souffert. Il y a donc toujours un point de fait à apprécier : le créancier a-t-il compromis les garanties de la caution? lui a-t-il causé un préjudice? Cette appréciation appartient aux tribunaux, qui la font d'après les éléments de la cause (1).

La cour a appliqué ce principe, par un arrêt postérieur, au cas où le créancier avait renoncé à une hypothèque; mais l'arrêt attaqué constatait que l'hypothèque était sans valeur et ne pouvait produire aucun effet, tout le prix de l'immeuble hypothéqué étant absorbé par des créances antérieures. Le créancier avait donc renoncé à un droit purement nominal; or, dit la cour, le principe d'équité sur lequel est fondé l'article 2037 n'en permet pas l'application lorsqu'il n'y a pas de préjudice causé, ni même de faute commise (2).

308. Que faut-il entendre, dans l'article 2037, par *droits, hypothèques* et *priviléges* du créancier? Sont-ce les garanties qui existaient lors du contrat de cautionnement? ou doit-on aussi y comprendre celles que le créancier a acquises postérieurement? C'est sur ce dernier point qu'il y a difficulté et controverse. Si l'on admet le principe tel que nous l'avons formulé d'après Pothier et d'après les travaux préparatoires (n°s 302 et 304), la solution n'est pas douteuse. Pothier lui-même la donne. Il suppose que l'un des cofidéjusseurs n'a accédé à l'obligation qu'après les autres : si le créancier fait remise à celui-ci de son cautionnement, les autres pourront-ils lui opposer l'exception *cedendarum actionum?* Non; car en s'obligeant, ils n'ont pas pu compter sur un recours contre cette caution, puisqu'elle n'avait pas encore cautionné la dette (3). La plupart

(1) Cassation, 8 mai 1850 (Dalloz, 1850, 1. 159).

(2) Rejet, chambre civile, 19 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 86). Comparez Rejet, chambre civile, 6 août 1873 (Dalloz, 1873, 1, 402).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 557. C'était aussi l'opinion de Dumoulin et de Basnage (Pont, t. II, p. 186, note 1).

des auteurs modernes s'écartent, en ce point, de l'opinion de Pothier, en se fondant sur les termes généraux de l'article 2037. La jurisprudence, au contraire, s'est prononcée pour l'application de l'exception, et nous croyons qu'elle a raison contre les auteurs.

Il est vrai, et c'est là un motif de douter, que la loi parle en termes généraux des droits du créancier; donc de tous ses droits, sans distinguer si ces droits existaient lorsque la caution s'est obligée ou s'ils ont pris naissance postérieurement. La loi étant générale, est-il permis à l'interprète de distinguer? Nous avons dit bien des fois que le principe qui défend à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas est d'une application très-délicate; il est vrai en général, parce que introduire des distinctions dans la loi, c'est la modifier, la restreindre; ce qui aboutit à faire la loi, et l'interprète n'a certes pas ce droit-là. Mais si la nécessité de distinguer résulte du principe même que la loi établit et du motif sur lequel il est fondé, dans ce cas l'interprète peut et doit distinguer, car son droit et son devoir est d'interpréter la loi, en la restreignant dans les limites pour lesquelles le législateur l'a faite; en ne distinguant pas, il violerait la loi, puisqu'il l'étendrait à un cas que le législateur n'a pas eu en vue. Telle est la disposition de l'article 2037. A-t-elle pour objet les droits qui naissent postérieurement au contrat par lequel la caution accède à l'obligation? Non, car il résulte des explications données par les auteurs mêmes de la loi qu'ils ont considéré la décharge de la caution comme une application du principe qui régit les obligations réciproques des parties contractantes : la caution s'oblige à payer, mais sous la condition qu'elle sera subrogée aux droits du créancier contre le débiteur : de son côté, le créancier s'oblige à conserver ces droits, puisque sans ces garanties la caution ne se serait pas obligée. Donc, par droits du créancier, la loi entend les droits qu'il avait lors du cautionnement; c'est à raison de ces garanties que la caution s'est engagée, ce sont ces garanties que le créancier doit lui conserver.

On objecte que la caution est subrogée à tous les droits qui appartiennent au créancier, même à ceux que le créan-

cier acquiert postérieurement au contrat. Cela est certain, mais de là on ne peut conclure que le créancier est tenu de conserver ces droits. Si la caution est subrogée à tous les droits du créancier, c'est en vertu de la loi (art. 2029 et 1251, 3°); et si le créancier doit conserver les droits en vue desquels la caution s'est obligée, ce n'est pas en vertu de la loi, c'est en vertu de la convention qui intervient entre le créancier et le fidéjusseur; il faut donc s'attacher à la convention, et voir à quoi le créancier s'est obligé en contractant; or, il ne s'est obligé qu'à conserver les garanties à raison desquelles la caution a contracté, donc celles qui existaient lors du contrat; car la caution ne pouvait avoir en vue des sûretés qui n'existaient point lorsqu'elle s'est obligée (1).

La question a toujours été décidée en ce sens par la jurisprudence. D'après le code civil, tout jugement donne au créancier une hypothèque sur les biens de son débiteur. Cette hypothèque est-elle comprise parmi les garanties que le créancier doit conserver sous peine de déchéance? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative par un arrêt rendu après délibéré en chambre du conseil et sur les conclusions contraires de l'avocat général Jaubert. Il s'agissait du cautionnement donné pour une lettre de change; la cour de Caen jugea que le porteur était déchu du droit de se faire payer par les endosseurs lorsque, ayant pris inscription sur les biens du tireur, il avait donné mainlevée de cette inscription et avait empêché par là la subrogation de la caution à l'hypothèque judiciaire. Cet arrêt a été cassé. La cour établit très-bien que la garantie à laquelle le créancier avait renoncé ne résultait point du contrat intervenu entre lui et les cautions; en effet, le code de commerce n'oblige le porteur d'une lettre de change qu'à faire constater le défaut de payement et à faire notifier l'acte de protêt, avec assignation, dans les délais fixés, au tireur et aux endosseurs; moyennant ces formalités, il conserve tous ses droits contre eux. Aucune loi n'oblige le porteur de

(1) Pont et les auteurs qu'il cite (t. II, p. 186, note 3). En sens contraire les auteurs cités, *ibid.*, note 2.

poursuivre son payement par la voie hypothécaire, ni même d'exercer des poursuites contre les débiteurs. Si donc le porteur juge à propos de prendre des inscriptions sur leurs biens ou d'exercer contre eux des poursuites, les avantages ou les sûretés qui peuvent résulter de ces actes n'ayant pas été promis par le contrat de change, il peut s'en désister sans compromettre aucun de ses droits contre les cautions; l'article 2037 est inapplicable (1). L'hypothèque judiciaire est abolie par notre loi hypothécaire; la difficulté ne pourrait donc se présenter que si de nouvelles sûretés étaient stipulées par convention.

309. Il va sans dire que l'article 2037 est inapplicable lorsque le créancier a négligé d'acquérir des garanties auxquelles la caution aurait été subrogée. La cour de Pau l'a jugé ainsi dans un cas où le créancier avait promis d'employer les fonds par lui empruntés à rembourser un prix de vente, ce qui eût donné à la caution le privilége du vendeur; mais cette promesse n'avait été ni acceptée ni réalisée. La caution se prétendit néanmoins déchargée. Sa prétention a été repoussée par la cour de Pau. La cour dit que l'article 2037 ne décharge la caution que lorsque le créancier a laissé perdre, par son fait, les sûretés que le contrat lui conférait, et qu'il ne peut dès lors lui transmettre. Cela suppose que ces sûretés constituaient pour lui un droit certain, définitivement acquis, et non une simple espérance qu'il dépendait de la partie contractante de réaliser ou de faire évanouir. Tant qu'il n'y a pas de droit acquis au créancier, il ne peut pas le faire périr par son fait; il ne cause donc aucun préjudice à la caution, et, partant, celle-ci ne peut invoquer un bénéfice qui est fondé sur un préjudice. La cour constate ensuite que le privilége du vendeur n'avait pas été transmis par voie de subrogation à l'emprunteur. Vente d'un domaine pour 4,000 francs. Le vendeur charge l'acheteur de payer ses créanciers. Pour payer ces 4,000 francs, l'acheteur emprunta successivement 1,000 et 3,000 francs, en promettant au prêteur de le

(1) Cassation, 17 janvier 1831; Rejet. 12 mai 1835 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 680). Cassation, 27 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 470).

subroger au privilége du vendeur. Cette promesse ne fut ni acceptée ni accomplie; l'acquéreur, au lieu de payer le vendeur, dissipa les deniers empruntés; le prêteur se trouvait donc sans privilége, et, par suite, la caution ne pouvait y être subrogée. Etait-elle déchargée par là de son cautionnement? Non, car le prêteur n'avait pas fait périr une garantie qui existait lors du contrat, il avait négligé de remplir les conditions prescrites par la loi pour l'acquisition du privilége. Dès lors on n'était pas dans les termes de l'article 2037 (1).

310. Que faut-il entendre, dans l'article 2037, par *fait* du créancier? Est-ce seulement un fait positif, tel que la renonciation à l'hypothèque, ou est-ce aussi la simple négligence par suite de laquelle le créancier perd ses droits? Si l'on s'attache au principe tel que l'ont expliqué les orateurs du gouvernement et du Tribunat, il faut dire que toute faute du créancier qui a pour conséquence de faire périr, en tout ou en partie, les garanties qui assurent le payement de la dette entraîne la décharge de la caution. On suppose que celle-ci s'engage sous la condition d'être subrogée aux droits du créancier, et que celui-ci s'oblige à conserver ces garanties. Dès que le créancier ne remplit pas cette obligation, il est responsable; or, il ne la remplit pas par cela seul que les garanties périssent par une faute qui lui est imputable; et les fautes se commettent par négligence, aussi bien que par un fait positif.

La jurisprudence et la plupart des auteurs se sont prononcés en ce sens (2). Il y a cependant un motif de douter, c'est la tradition. Pothier dit que la simple négligence n'est pas imputable au créancier; il en donne deux raisons. Le créancier, dit-il, n'est obligé à céder ses actions au fidéjusseur que par une considération d'équité; il suffit donc qu'il agisse de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation. D'ailleurs, ajoute Pothier, la caution peut, aussi bien que le créancier, conserver les garanties attachées à la créance; quand elle n'y veille pas, elle

(1) Pau, 25 août 1851 (Dalloz, 1851, 2, 248). Pont, t. II, p. 186, n° 378.
(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 694, note 12, § 429, et par Pont, t. II, p. 187, n° 380.



n'est pas recevable à lui reprocher une négligence dont elle-même est coupable. Nous laissons pour le moment de côté cette dernière raison, qui donne lieu à une nouvelle difficulté; la première touche à une question de principe. Si l'exception de l'article 2037 n'a d'autre fondement que l'équité, le législateur peut la restreindre, et il le doit même, parce que s'il l'appliquait avec rigueur, il blesserait l'équité; tandis que si l'exception est un droit que la caution tient de son contrat, l'équité est hors de cause, car on ne peut pas l'invoquer contre un droit contractuel. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la question est tranchée d'avance. Les auteurs du code ne parlent pas d'équité (n° 304); ils fondent l'exception de l'article 2037 sur l'intention des parties contractantes, donc sur un droit, et sur ce terrain la solution n'est pas douteuse. Nous écartons donc la tradition, parce que le législateur, tout en maintenant l'exception de subrogation, lui a donné un autre caractère.

Il est plus difficile de justifier la doctrine consacrée par la jurisprudence; celle-ci, fidèle à la tradition quant au fondement de l'exception, ne manque jamais d'invoquer l'équité; dès lors il semble qu'elle aurait dû aussi accepter la conséquence que Pothier en déduit et limiter l'exception aux actes positifs qui ont fait périr le droit du créancier. N'y a-t-il pas inconséquence à admettre le principe et à en rejeter la conséquence? On invoque l'article 1383, aux termes duquel chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. L'argument est loin d'être décisif; l'article 1383 parle des quasi-délits; tandis que, dans l'espèce, il s'agit, d'après la jurisprudence, d'une obligation d'équité dérivant d'un contrat. Dans notre opinion, nous pouvons nous prévaloir de l'article 1383 comme d'une raison d'analogie; car nous fondons l'exception sur une faute, donc sur l'inexécution d'une obligation, et l'article 1383 parle aussi de la faute; or, en ce qui concerne la question de savoir s'il y a faute à *omettre*, comme il y a faute à *commettre*, il n'y a pas de différence entre les quasi-délits et les contrats. Dans l'opinion générale, au contraire,

il y a contradiction à invoquer une disposition qui suppose la violation d'un droit, alors que l'on nie que la caution ait un droit véritable.

311. C'est peut-être à cette inconséquence qu'il faut attribuer les hésitations que l'on remarque dans la jurisprudence quand il s'agit d'apprécier s'il y a négligence ou non de la part du créancier. Le créancier ne poursuit pas le débiteur, ou il ne continue point les poursuites commencées; le débiteur devient insolvable; on demande si la caution actionnée par le créancier peut lui opposer l'exception de l'article 2037. A notre avis, elle le peut si l'on admet le principe que la doctrine et la jurisprudence admettent généralement. On suppose que, lors de l'échéance de la dette, le débiteur était solvable; le créancier aurait pu être payé s'il l'avait poursuivi; s'il ne le fait point, il en résultera que la subrogation opérée par le payement ne pourra plus se faire utilement au profit de la caution, puisqu'elle n'aura de recours que contre un insolvable; on est donc dans le texte comme dans l'esprit de l'article 2037. Il y a des arrêts en ce sens.

Le fisc a un privilége pour ses créances; le débiteur meurt, la succession est acceptée bénéficiairement; les biens sont vendus; le fisc néglige de se présenter pour exercer son privilége; des poursuites commencées sont interrompues depuis 1817 jusqu'en 1833. Alors l'administration poursuit la caution; celle-ci oppose l'exception de l'article 2037; rejetée en première instance, elle est accueillie en appel. Pourvoi en cassation; la chambre des requêtes l'admet, la chambre civile le rejette. L'arrêt de rejet constate le fait de négligence tel qu'il était établi par la décision attaquée; il en conclut que l'article 2037 était applicable. On objectait, dans l'intérêt de la régie, que le créancier qui ne poursuit pas le débiteur, ou qui suspend la poursuite, lui accorde par là une prorogation de terme, laquelle, d'après l'article 2039, ne décharge point la caution. La cour répond qu'il ne s'agissait pas, dans l'espèce, d'une simple prorogation de terme, mais d'une suspension indéfinie de poursuites accordée par l'administration sur la seule réclamation du débiteur principal, et dont rien ne constatait que la

caution eût été avertie; et c'est pendant cette suspension que toutes les valeurs mobilières de la succession avaient complétement disparu, sans qu'il eût été tenté aucune démarche, aucun acte conservatoire des droits et priviléges attachés à la créance du fisc, alors qu'il pouvait y avoir encore quelque espoir de recouvrement partiel. La cour conclut qu'en jugeant, d'après l'ensemble et l'appréciation de tous les faits et circonstances de la cause, que c'est par la négligence de l'administration que la subrogation aux droits du trésor ne pouvait plus s'opérer en faveur de la caution, et que, par suite, celle-ci était déchargée, le jugement attaqué s'était conformé aux principes de l'article 2037 (1).

312. La défense puisée dans l'article 2039, que la cour de cassation a refusé d'admettre dans l'espèce que nous venons de citer, a été accueillie par elle dans d'autres espèces, que nous devons rapporter aussi afin de constater le véritable état de la jurisprudence et de l'apprécier. Des fermiers de l'octroi s'obligent à payer par anticipation, mois par mois. A défaut des payements ainsi faits, la ville se réservait de faire verser directement, dans la caisse municipale, par les receveurs de l'octroi, les fonds provenant de leurs recettes. Le père des adjudicataires se porta caution pour le quart du prix annuel de l'adjudication. Les fermiers disparurent, débiteurs de quarante jours de ferme, dont le receveur municipal n'avait pas exigé le payement par avance. Action de la ville contre la caution. Celle-ci opposa l'exception de l'article 2037; admise par le premier juge, elle fut écartée en appel. La cour s'en tient à la lettre de l'article 2037, qui ne prononce pas la déchéance du créancier pour défaut de poursuites à l'échéance, si d'ailleurs il n'en résulte aucune péremption de droits auxquels la caution pouvait être subrogée; or, dit la cour, l'action de la caution, dans l'espèce, restait entière. La cour invoque encore l'article 2039, d'après lequel la simple prorogation de terme ne décharge pas la caution. Pourvoi pour viola-

(1) Rejet, chambre civile, 17 août 1836 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 331). Dans le même sens, Limoges, 28 mars 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56).

tion de l'article 2037 et fausse application de l'article 2039. Le pourvoi fut rejeté.

La chambre des requêtes commence par établir, en droit, que la ville pouvait accorder aux fermiers un délai, et suspendre pendant ce délai toutes poursuites, ainsi que l'exercice des droits qu'elle s'était réservé par le cahier des charges; ce qui eût rendu l'article 2039 applicable. Or, dit la cour, le délai accordé par la ville aux fermiers de l'octroi, pendant quarante jours, pour le payement de ce qu'ils devaient ne diffère en rien de la prorogation du terme stipulée dans la convention; les effets doivent donc en être les mêmes. D'après l'article 2039, la caution avait le droit de poursuivre le débiteur principal pour le forcer au payement; si elle ne l'a point fait, elle ne pouvait faire retomber sur la ville la responsabilité du dommage qui résultait de son défaut de vigilance (1).

Il y a un arrêt dans le même sens de la chambre civile. Le créancier était resté pendant plus de neuf ans sans intenter de poursuites contre un débiteur mort solvable. Le tribunal de première instance appliqua l'article 2037; sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation fondé sur l'article 2039. « En présence du droit de poursuite donné à la caution contre la négligence du créancier, dit la cour, on ne peut voir dans le retard, quelque prolongé qu'il soit, à diriger des poursuites, et à quelque époque que soit survenue l'insolvabilité du débiteur, une cause empêchant la subrogation de la caution dans les droits du créancier et donnant lieu à l'application de l'article 2037, mais seulement une prorogation de terme qui, selon l'article 2039, ne produit pas cet effet (2). »

Cette jurisprudence nous laisse quelque doute. Nous ne demanderons pas comment les derniers arrêts se concilient avec le premier arrêt de la cour de cassation qui admet l'application de l'article 2037 dans le cas où le créancier met à poursuivre le débiteur une négligence qui devient préjudiciable à la caution (n° 311). A notre avis, c'est cette

(1) Rejet, 17 août 1859 (Dalloz, 1859, 1, 359).

(2) Cassation, 8 mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 269). Dans le même sens, Nancy, 13 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 104).



première jurisprudence qui est la meilleure : elle écarte l'article 2039 et considère l'application de l'article 2037 comme une question de fait. Est-il vrai, comme le disent les derniers arrêts de la cour de cassation, que le fait de ne pas poursuivre le débiteur équivaille à une prorogation de terme? Non (1); l'article 2039 décide la question de savoir si la prorogation de terme emporte novation et, par suite, décharge de la caution (n° 278). Cela n'a rien de commun avec l'article 2037, qui suppose une faute de la part du créancier. Proroger un terme n'est pas une faute, ce peut être un acte utile au créancier et à la caution; en tout cas, la caution a, dans ce cas, le droit de poursuivre le débiteur pour le forcer au payement; ce qui suppose qu'elle est avertie de la convention intervenue entre le créancier et la caution; la loi concilie ainsi les intérêts de toutes les parties.

Il n'en est pas de même de la négligence que le créancier met à poursuivre le débiteur : c'est une faute, ou ce peut du moins être une faute préjudiciable à la caution. Si le créancier reste pendant de longues années sans poursuivre le débiteur, alors que celui-ci est solvable, et sans agir contre la caution, celle-ci ne doit-elle pas croire que le débiteur a payé? Elle pourrait, à la vérité, agir contre le débiteur en vertu de l'article 2032, n° 4, puisque l'on suppose que la dette est exigible. Mais comment la caution songerait-elle à agir lorsque le débiteur est solvable? ne doit-elle pas supposer que le créancier a agi et que la dette est éteinte? Sans doute, si elle sait que le créancier néglige d'agir, la prudence exige qu'elle use du droit que lui donne l'article 2032; et si elle ne le fait pas, elle est aussi coupable de négligence : il y a faute de part et d'autre; dans ces circonstances, y aura-t-il lieu de déclarer le créancier responsable en vertu de l'article 2037 et de prononcer la décharge de la caution? Nous reviendrons sur la question générale de la faute qui peut être imputée à la caution. Quant à la question spéciale de la négligence du créancier à poursuivre le débiteur, nous répondons, avec le premier

(1) Comparez Liége, 27 janvier 1866 (*Pasicrisie*, 1866. 2. 119).

arrêt de la cour de cassation, que c'est une question de fait. Y a-t-il faute de la part du créancier? Cette faute cause-t-elle un préjudice à la caution en compromettant le recours qu'elle a contre le débiteur? Telles sont les questions qui se présentent dans l'application de l'article 2037. Ce sont des difficultés de fait que le juge décidera d'après les circonstances de la cause. Nous ne disons donc pas, en droit, que le défaut de poursuites décharge toujours la caution, c'est au juge d'apprécier si le défaut de poursuites est une négligence et une faute, et s'il en résulte un préjudice pour la caution.

313. La caution est-elle déchargée, en vertu de l'article 2037, quand elle-même est en faute? Nous répondons que la question est de fait plutôt que de droit. Elle se présente aussi dans l'application des articles 1382 et 1383. La jurisprudence l'a décidée en ce sens que l'auteur du fait dommageable reste tenu, au moins dans une certaine mesure, dès qu'il y a une faute à lui reprocher; le juge tiendra compte de la faute de la partie lésée en diminuant les dommages-intérêts (t. XX, n°s 485-492). On peut appliquer cette jurisprudence, par analogie, au cas prévu par l'article 2037. La faute de la caution n'empêche pas que le créancier, de son côté, soit en faute; le juge tiendra compte des fautes réciproques pour ne prononcer que la décharge partielle de la caution, la réparation devant toujours être proportionnée à la faute ainsi qu'au préjudice qui en résulte. L'article 2037 vient à l'appui de cette doctrine; il suppose que c'est par le fait du créancier que la caution ne peut être utilement subrogée; si le juge décide que c'est à la caution que ce fait doit être imputé, il ne déchargera pas la caution; s'il trouve qu'il y a faute du créancier et de la caution, il pourra ne décharger la caution que partiellement. Une décision absolue est impossible (1).

314. La jurisprudence paraît contradictoire en cette matière; mais les décisions de fait, quoique contraires en apparence, peuvent très-bien se concilier par la différence

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 694, note 13, § 429; Pont, t. II, p. 188, n° 381.



des faits, et parfois des nuances d'un fait. Nous allons rendre compte de la jurisprudence; il est difficile de la critiquer, la décision dépendant des circonstances de la cause; seulement les décisions nous paraissent trop absolues.

Une hypothèque périt faute de renouvellement de l'inscription; la cour d'Amiens dit que la perte était due à la négligence de la caution autant qu'à celle du créancier, et, par suite, elle décida qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la décharge de la caution. Sur le pourvoi, la cour de cassation jugea que l'arrêt attaqué n'avait pas violé l'article 2037 en rejetant l'exception de subrogation, par le motif que la perte de l'hypothèque n'était pas moins imputable à la caution qu'au créancier (1). Il nous semble que la conséquence n'est pas en rapport avec les prémisses. S'il y avait faute égale de part et d'autre, le créancier en devait répondre aussi bien que la caution, et cependant c'est sur la caution seule que la cour fait retomber la responsabilité.

La question du renouvellement de l'inscription hypothécaire se complique d'une difficulté de droit sur laquelle la jurisprudence est divisée : faut-il entendre par *fait*, dans l'article 2037, un fait positif, ou un fait négatif de négligence suffit-il? La cour de Bruxelles a jugé que la caution n'était pas recevable à reprocher au créancier de n'avoir pas renouvelé l'inscription, alors qu'elle pouvait elle-même le faire, ou du moins interpeller le créancier de le faire; que, d'ailleurs, cette négligence du créancier n'est pas une faute lourde (2). En droit, cette décision serait très-contestable : où est-il dit que la faute du créancier doit être une faute lourde? où est-il dit que la caution doive interpeller le créancier de conserver les droits que, dans l'esprit de l'article 2037, le créancier doit conserver pour la caution?

La cour de cassation s'en rapporte d'ordinaire aux décisions rendues par le juge du fait. Une hypothèque est stipulée sur les biens à venir du débiteur. La caution poursuivie reprocha au créancier de n'avoir pas pris inscription

(1) Rejet, 12 mai 1835 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 680). Comparez Agen, 26 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 348).

(2) Bruxelles, 16 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 380). Comparez Rennes, 19 mars 1811; Caen, 3 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 338).

sur un bien acquis par le débiteur. Mais l'arrêt attaqué constatait que le créancier n'avait jamais eu connaissance de cette acquisition; la cour d'appel dit que c'était à la caution, instruite de tous les actes du débiteur, d'en donner avis au créancier; que, n'ayant jamais fait aucun acte pour sauvegarder ses intérêts, elle devait se reprocher à elle seule d'avoir éprouvé une perte. L'arrêt attaqué en concluait qu'il n'y avait aucune négligence à reprocher au créancier et que, partant, l'article 2037 était inapplicable. En jugeant ainsi, dit la cour de cassation, d'après les faits qu'il constate et dont l'appréciation lui appartenait, l'arrêt attaqué, loin de violer l'article 2037, en avait fait une juste application (1).

C'est une décision fondée sur les circonstances de la cause et, à notre avis, l'article 2037 devrait toujours être appliqué de cette manière. De ce que, dans l'espèce, la caution a été déclarée responsable de son inaction, il faut se garder de conclure que c'est à la caution de prendre l'initiative et de mettre le créancier en demeure de conserver ses droits. L'article 2037 ne dit pas cela; il dit plutôt le contraire, puisqu'il ne parle que du fait du créancier. La cour de cassation a jugé, en ce sens, que rien n'impose aux cautions l'obligation d'une mise en demeure, que c'est au créancier de veiller à la conservation de ses droits, dans l'intérêt de la caution (2).

Nous citerons encore un arrêt de la cour de Gand qui confirme, en grande partie, notre manière de voir. Les lois de douanes et d'accises, en permettant à l'administration d'accorder des crédits aux industriels, veillent aux intérêts du trésor en lui donnant un privilége sur les meubles, une hypothèque sur les immeubles et le droit d'exiger un cautionnement, à la satisfaction du receveur. De son côté, l'administration doit prendre inscription de son hypothèque, quand même le cautionnement lui offrirait pleine garantie; elle doit le faire dans l'intérêt de la caution. En effet, dit la cour de Gand, le créancier est tenu de veiller

(1) Rejet, chambre civile, 28 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 40).
(2) Rejet, 4 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 485).



à la conservation entière de tous ses droits, priviléges et hypothèques, afin que la caution puisse profiter de la subrogation que la loi a introduite en sa faveur. Si l'administration ne prend pas inscription en temps utile et que, par suite, l'hypothèque devienne inefficace, elle cause à la caution un dommage qu'elle est tenue de réparer, et la réparation consiste dans l'exception que la caution peut lui opposer en vertu de l'article 2037. Peu importe que l'administration ne soit coupable que d'une négligence ou omission, en ne remplissant pas la formalité de l'inscription, cette négligence et cette omission ont pour la caution la même conséquence qu'un fait positif, puisqu'elles causent à la caution le même préjudice. On objectait que la négligence pouvait être imputée à la caution aussi bien qu'au créancier, puisqu'elle aurait pu requérir l'inscription, ou du moins mettre le créancier en demeure de le faire. La cour répond que l'hypothèque est accordée au trésor, que c'est donc à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour la rendre efficace et pour la conserver; la loi n'oblige pas les cautions à conserver les droits du créancier, quoiqu'elles y aient intérêt, elle oblige le créancier à conserver ses droits au profit de la caution (1). Tels sont les vrais principes; l'application peut du reste varier d'après les circonstances de la cause, puisqu'il s'agit de faute, de responsabilité et de préjudice.

315. L'article 2037 déclare la caution déchargée lorsque, par le fait du créancier, la subrogation à ses *droits* ne peut plus s'opérer au profit de la caution. Faut-il conclure de là que la décharge n'a point lieu si le droit subsiste, bien que par la négligence du créancier il ne lui présente plus la sûreté qu'il avait stipulée, ni, par conséquent, à la caution la garantie sur laquelle elle comptait? On l'enseigne ainsi et on critique un arrêt de la cour de cassation qui a décidé la question en sens contraire (2). A notre avis, l'arrêt est bien rendu. Voici l'espèce. Le créancier avait stipulé une hypothèque sur une forêt; la

(1) Gand, 25 juillet 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 301).
(2) Pont, t. II, p. 189, n° 382.

superficie forme un élément essentiel de cette garantie; or, le débiteur vendit la presque totalité de la superficie, en faisant des coupes anticipées. Ces dégradations de l'immeuble hypothéqué donnaient au créancier le droit d'exiger le remboursement de la créance, à moins qu'il ne voulût se contenter d'un supplément d'hypothèque (art. 2131; loi hyp., art. 76). Le créancier resta dans l'inaction, il ne fit pas même un acte conservatoire en s'opposant au payement du prix des coupes vendues; il laissa ainsi altérer, dans une énorme proportion, le gage sur lequel la caution avait compté. La cour de cassation en conclut que le créancier avait commis une négligence grave, qu'il s'était mis dans l'impossibilité d'opérer une subrogation *utile* au profit de la caution, ce qui rendait l'article 2037 applicable (1). Le mot *utile* que la cour de cassation ajoute ne se trouve pas dans l'article 2037; mais les principes et l'esprit de la loi confirment l'interprétation de la cour. Nous venons de citer les dispositions du code civil et de notre loi hypothécaire qui rendent la dette exigible quand le débiteur diminue par son fait les sûretés qu'il avait données à son créancier (art. 1188) : le débiteur manque à la loi du contrat. De son côté, le créancier manque à la loi de son contrat avec la caution, en laissant dégrader l'immeuble hypothéqué sur lequel la caution compte pour le remboursement de sa créance; partant, il doit réparer le dommage que par sa négligence il cause à la caution. Vainement dira-t-on que l'hypothèque subsiste; les articles 1188 et 2131 (loi hyp., art. 76) prouvent que la garantie hypothécaire n'existe plus, puisque la loi déclare le débiteur déchu du bénéfice du terme; donc la subrogation à l'hypothèque ne s'opère pas non plus, telle que, dans l'intention des parties, elle devait se faire; c'est une subrogation dérisoire que celle de la caution à un droit qui n'a plus de valeur. La cour de cassation a donc raison d'ajouter que la subrogation doit être utile; si elle n'est pas utile, on ne peut pas dire qu'elle existe.

316. Quel est l'effet de la décharge que la loi accorde

(1) Rejet, 23 mai 1833 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 42).

à la caution, dans le cas de l'article 2037? Nous avons d'avance répondu à la question. La décharge n'a point lieu de plein droit, puisqu'il ne s'agit pas d'une condition résolutoire expresse, tout au plus peut-on dire qu'elle est tacite; pour mieux dire, c'est la loi qui permet à la caution d'opposer sa décharge au créancier qui la poursuit; de là le terme d'*exception* que l'on emploie dans la doctrine pour qualifier le droit de la caution (n° 302). La décharge n'est pas toujours totale; elle est proportionnée au préjudice souffert (n°s 306 et 314). Il a été jugé que l'exception est péremptoire; en effet, elle anéantit la demande en opérant l'extinction du cautionnement et, par suite, la libération de la caution. De là suit qu'elle peut être opposée en appel, comme l'exception de payement; ce n'est pas une nouvelle demande qui doive passer par les deux degrés de juridiction, c'est une défense à l'action principale (1).

N° 2. APPLICATIONS.

317. Il est de principe que l'Etat est soumis au droit commun; on doit donc lui appliquer la disposition de l'article 2037; nous en avons donné des exemples (n° 314). L'Etat, comme personne civile, ne peut pas commettre de faute ni être responsable du dommage qu'il cause; mais il répond, à titre de commettant, du fait de ses préposés. Si donc, par le fait d'un préposé, l'administration ne peut pas subroger la caution à ses droits, priviléges et hypothèques, la caution est déchargée à son égard. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Des acquits-à-caution furent délivrés à un batelier pour trois bateaux de marchandises qu'il conduisait, à la condition de payer les droits de navigation au dernier bureau devant lequel il aurait à passer. Les bateaux pouvaient être arrêtés jusqu'au payement des droits. Au lieu d'exiger le payement, et d'arrêter au besoin les bateaux, le receveur délivra un nouvel acquit-à-caution pour une autre destination. La caution, poursuivie par l'administration, lui op-

(1) Liége, 22 avril 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 181).

posa l'article 2037. La défense a été admise par un arrêt de rejet de la chambre civile. Sans la délivrance imprudente du nouvel acquit-à-caution, dit la cour de cassation, les bateaux auraient été retenus, et la régie aurait conservé, soit pour elle, soit pour la caution subrogée à ses droits, la garantie résultant des marchandises et des moyens de transport. Ce droit a été perdu par le fait du receveur, dont l'Etat est civilement responsable; donc la caution se trouvait déchargée en vertu de l'article 2037 (1).

318. Vente de vins, au comptant, le prix devant être payé lors de la livraison. Les vins furent livrés sans que le vendeur exigeât le prix total; il accorda un délai à l'acheteur pour une partie du prix, moyennant le payement d'intérêts. A défaut de payement du prix, le vendeur actionna la caution. Celle-ci opposa l'article 2037. Le vendeur prétendit qu'il avait simplement prorogé le terme, ce qui, d'après l'article 2039, ne décharge pas la caution. Il a été jugé que le vendeur avait fait plus que proroger le terme, qu'il avait renoncé au droit de rétention des marchandises vendues, droit qui lui eût assuré, à lui et à la caution, le payement du prix; c'était donc le cas d'appliquer l'article 2037 (2).

319. Quand le créancier donne au débiteur mainlevée de son hypothèque, il est évident que la caution est déchargée, puisque la subrogation à la garantie hypothécaire devient impossible par le fait du créancier (3). Cela est tout aussi évident quand le créancier renonce à une hypothèque générale, grevant même les biens à venir du débiteur, et qu'il se contente d'une hypothèque spéciale (4). En est-il de même quand le créancier néglige de prendre inscription ou de la renouveler? Cette question soulève une difficulté de droit : la loi exige-t-elle un fait positif? ou suffit-il d'une omission, d'une négligence? La jurisprudence confirme, en général, la doctrine que nous avons enseignée. Le législateur, dit la cour de La Haye, veut que le créancier ait soin

(1) Rejet, chambre civile, 18 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 1, 47).
(2) Rejet, 8 août 1872 (Dalloz, 1873, 1, 240).
(3) Bordeaux, 19 août 1822 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 339).
(4) Rennes, 28 mars 1814 (Dalloz, *ibid.*, n° 340).

de conserver les droits de la caution dans le même état où ils se trouvaient lorsque le cautionnement a été contracté, parce que la caution n'a entendu s'engager qu'avec l'assurance d'être pleinement subrogée aux droits du créancier : le *droit* et l'*équité* l'exigent (1). La cour de Bordeaux dit de même que le créancier est obligé de veiller à la conservation de ses garanties, afin de les transmettre à la caution; que si, par son incurie, il se met hors d'état de le faire, il doit en répondre (2).

320. La loi donne aux créanciers du défunt, dont la succession est acceptée purement et simplement, le droit de demander la séparation des patrimoines; droit qui conserve leur gage sur les biens du débiteur contre les créanciers de l'héritier. Si un créancier néglige de demander la séparation des patrimoines, et si, par suite de l'insolvabilité de l'héritier, la subrogation de la caution devient inefficace, celle-ci peut-elle réclamer sa décharge en vertu de l'article 2037? Cela a été jugé, mais la décision a été cassée, et elle devait l'être. En effet, la séparation des patrimoines n'est pas une sûreté attachée à la créance et que le créancier doive conserver, c'est un bénéfice que la loi accorde aux créanciers pour les mettre à l'abri du danger dont les menace l'insolvabilité de l'héritier, au cas où celui-ci accepte purement et simplement la succession du défunt. C'est donc une garantie que le créancier acquiert, à la mort de son débiteur, s'il remplit les formalités prescrites par la loi; or, le créancier n'est pas tenu d'acquérir de nouvelles garanties par suite d'événements survenus depuis le contrat (nº 309). Cela est décisif (3).

321. On a soutenu que le fait de demander la déclaration de faillite du débiteur décharge la caution. Il est vrai que, par suite de la faillite du débiteur, la caution perd une partie de sa créance; mais cette perte n'est pas imputable au créancier, elle résulte du mauvais état des affaires du débiteur; celui-ci ne peut être déclaré en faillite que s'il a cessé ses payements, et la cessation des payements n'est

(1) La Haye, 18 février 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 61).
(2) Bordeaux, 21 avril 1839 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, nº 341).
(3) Cassation, 8 mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 269).

pas le fait du créancier. Les poursuites de celui-ci peuvent parfois être prématurées, en ce sens que s'il n'avait pas fait déclarer la faillite, les affaires du débiteur auraient pu se rétablir; mais quand même il en serait ainsi, il serait difficile de considérer comme une faute des poursuites qui sont l'exercice d'un droit. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, l'arrêt attaqué constatait que la déclaration de faillite était tardive plutôt que prématurée; elle avait empêché le complet anéantissement de l'actif du failli et fait rapporter à la masse des valeurs importantes; de sorte que loin d'avoir causé un préjudice quelconque, elle avait, au contraire, tourné à l'avantage, tant du créancier cautionné que de la caution elle-même. Il n'y avait donc aucune faute de la part du créancier, il ne restait que l'exercice d'un droit, ce qui écartait l'article 2037 (1).

(1) Rejet, 7 avril 1869 (Dalloz, 1871, 1, 53).

TITRE XVI.

(TITRE XV DU CODE CIVIL.)

DES TRANSACTIONS (1).

CHAPITRE Iᵉʳ.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — Définition et caractères.

322. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs de notre titre : « De tous les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le plus heureux dans tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes ou par lequel on prévient les contestations à naître. Chaque partie *sacrifie* une partie de l'avantage qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver toute la perte qui est à craindre; et lors même que l'une des parties se désiste entièrement de sa prétention, elle se détermine par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des *longueurs*, des frais et des inquiétudes d'un procès (2). »

(1) Marbeau, *Traité des transactions*, 1 vol. (Paris, 1832). Rigal, *Traité des transactions* (Paris, 1834), 1 vol. Troplong, *Des transactions* (*à la suite du cautionnement*), 1 vol. (Paris, 1846). Pont, *Des petits contrats*, t. II.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, nº 2 (Locré, t. VII, p. 458).

Le rapporteur du Tribunat dit aussi que les transactions méritent plus particulièrement la faveur de la loi, dont le but final doit être d'entretenir la paix parmi les hommes. Albisson espérait que les lois nouvelles étant rédigées dans une langue que tous les citoyens connaissent, chacun pourrait les consulter sans être obligé de s'en rapporter à la raison d'un autre, et se rendre justice lui-même (1).

L'Assemblée constituante nourrissait les mêmes espérances quand elle organisa les justices de paix, dont le nom indique la mission; elle voulait que dans chaque canton il y eût un magistrat chargé de concilier les parties en leur conseillant de terminer leurs différends par des transactions.

Ainsi s'explique la disposition assez singulière qui se trouve en tête de la loi sur l'organisation judiciaire de 1790, et qui fut reproduite par la constitution de l'an III; elle portait que « le législateur s'interdisait de faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des transactions ».

Peut-être y avait-il dans cette disposition une protestation contre un abus plus étrange encore dont s'étaient rendus coupables, au moyen âge, des juges d'église qui, par esprit de domination et par amour du lucre, avaient prohibé les transactions (2). Quel oubli de la charité chrétienne chez des hommes qui rendaient la justice au nom du Christ! Les vrais disciples de Jésus-Christ étaient les hommes de la révolution qui tentèrent d'établir la paix parmi les peuples et l'union parmi les citoyens.

Nous avons dit ailleurs que la paix n'est pas l'idéal de l'humanité, c'est plutôt le règne du droit qui est notre idéal. Il faut en dire autant de la paix que l'Assemblée constituante, et à sa suite, les auteurs du code civil espéraient établir parmi les hommes, par la voie des transactions. Sans doute les procès sont un mal, mais c'est un mal aussi de sacrifier le droit pour le maintien de la paix. Il est certain que si la justice était ce qu'elle doit être, les

(1) Albisson, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 463).
(2) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*.

plaideurs ne songeraient pas à transiger. Les longueurs et les frais des procès ne sont pas précisément de l'essence de la distribution de la justice; le devoir du législateur est d'organiser une justice prompte et peu coûteuse. Voilà un idéal qui n'est pas un rêve comme le rêve de la paix perpétuelle. Les intérêts et les passions feront toujours naître des procès, et les causes qui leur donnent naissance empêchent le plus souvent de les terminer par des transactions. Que le législateur veille au moins à ce que la décision soit prompte, et que l'on ne puisse pas dire, comme on le fait maintenant, que l'on perd, alors même que l'on gagne son procès!

323. On a fait la remarque que Pothier n'a pas écrit de traité sur la transaction, et que la rédaction du code s'en est ressentie (1). Voilà un titre de gloire pour le grand jurisconsulte, qui est le vrai auteur du code civil. A défaut de Pothier, le législateur s'est inspiré de Domat, guide moins sûr, parce que c'est un esprit philosophique plutôt qu'un praticien. C'est à Domat que le législateur a emprunté la définition de la transaction que donne l'article 2044 : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. » Tous les auteurs critiquent cette définition; ils disent, et avec raison, qu'on peut l'appliquer à des actes qui ne sont pas des transactions, et qu'elle ne contient pas les éléments essentiels qui distinguent ce contrat. Le désistement que le demandeur donne de ses prétentions termine le procès, et néanmoins ce n'est pas une transaction, ce n'est pas même une convention, c'est un acte unilatéral que le défendeur ne doit pas accepter. De même l'acquiescement pur et simple du défendeur à l'action formée contre lui termine aussi le procès, et ce n'est pas non plus une transaction. Ce n'est pas une querelle de mots que l'on fait à la définition du code; les actes qu'elle comprend sont d'une nature tout à fait différente. Ainsi le tuteur peut acquiescer à une demande avec la seule autorisation du conseil de famille (art. 464); pour transiger il lui faut, outre

(1) Pont, t. II, p. 222, n° 455.

cette autorisation, l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi, et l'homologation du tribunal (art. 467) (1). Ce qui distingue la transaction des autres faits juridiques dont l'objet est également de terminer une contestation, c'est qu'elle implique un sacrifice réciproque, tandis que le désistement et l'acquiescement sont une renonciation unilatérale soit du demandeur, soit du défendeur. Il faut donc ajouter à l'article 2044 que les parties, en transigeant, renoncent chacune à une partie de leurs prétentions, ou se font des concessions réciproques (2). C'est d'après la définition ainsi complétée que nous allons déterminer les conditions requises pour l'existence de la transaction.

324. La transaction termine une *contestation* née, ou prévient une *contestation* à naître. Il faut donc que le droit soit contesté ou susceptible de l'être; par conséquent le droit doit être douteux ; c'est à raison de ce doute que les parties transigent. L'Exposé des motifs le dit : « Un droit douteux et la certitude que les parties ont entendu balancer et régler leurs intérêts; tels sont les caractères qui distinguent et qui constituent la *nature* de ce contrat. » Mieux vaut dire qu'ils sont de l'*essence* de la transaction, car si le droit était certain, il n'y aurait plus de motif juridique de transiger, la transaction n'aurait plus d'objet; d'où suit qu'elle serait sans cause, partant inexistante (art. 1031). « Il n'y aurait pas de transaction, dit Bigot-Préameneu, si elle n'avait pas pour objet un droit douteux (3). » C'est l'application des principes que nous avons exposés ailleurs sur les conditions requises pour l'existence des contrats.

325. Quand un droit est-il douteux? La question semble être une question de droit que le juge doit décider d'après les lois qui régissent l'objet de la transaction. Cette manière d'apprécier le doute n'est pas exacte. La transaction est un contrat qui intervient entre des personnes étrangères à l'étude du droit; c'est donc au point de vue des

(1) Duranton, t. XVIII, p. 435, n° 391, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 656, § 418 (4e édit.).
(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 2 (Locré, t. VII, p. 458).

parties contractantes qu'il faut se placer pour décider si elles ont considéré le différend qui les divise comme douteux. Le doute que présente une question de droit est une chose toute relative : que de fois avons-nous dit qu'à notre avis la solution de telle difficulté n'était pas douteuse, quoiqu'elle fût l'objet d'une controverse? Cela n'empêche pas que l'on transige valablement sur tout point controversé. Il faut aller plus loin : bien des contestations qui ne sont pas douteuses pour le jurisconsulte peuvent être très-douteuses pour les parties qui transigent; tout ce qui résulte de leur ignorance, c'est qu'elles se trompent sur un point de droit; or, la loi ne permet point d'attaquer les transactions pour cause d'erreur de droit (art. 2052). Donc quand même les doutes des parties n'auraient aucun fondement, il suffit qu'il y ait doute pour que la transaction ait une cause, car le motif juridique qui lui sert de cause, c'est qu'il pourrait y avoir un procès; or, ce procès est possible dès que les parties doutent (1).

L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté très-délicate. Un prêtre insermenté fut obligé de quitter la France. En vertu de la loi du 22 fructidor an III, ses biens, frappés de séquestre, furent accordés à ses héritiers présomptifs. De ce nombre était sa nièce, qui se maria en l'an VI, en faisant donation de tous ses biens à son mari, au cas où elle décéderait sans enfants. En l'an X, le prêtre rentra en France; il alla demeurer auprès de sa nièce, et reprit l'administration de ses biens. Y eut-il renonciation de la nièce au bénéfice de la loi de l'an III? ou le prêtre, d'après l'habitude de son ordre, ne tint-il aucun compte des lois de la révolution? On ne le sait. Après la mort de sa nièce, une contestation s'éleva entre le prêtre et le mari; celui-ci prétendant exercer les droits qu'il tenait de la donation sur tous les biens de sa femme, y compris ceux du curé. En l'an XIII, les parties transigèrent. Cette transaction fut attaquée et annulée comme étant sans cause ou sur fausse cause. Pourvoi en cassation. Le demandeur soutint

(1) Accarias, *Etude sur la transaction*, n° 74. Duranton, t. XVIII, p. 446, n° 398. Comparez Pont, t. I, p. 282, n° 570, et les auteurs qu'il cite.

qu'il y avait une cause à la transaction, par cela seul que les parties étaient en contestation. Et à supposer que le prêtre fût dépouillé de ses biens aux yeux de la loi civile, la loi naturelle n'imposait-elle pas à ses héritiers l'obligation de les lui rendre? Cette obligation naturelle, dit le pourvoi, suffit pour qu'il y ait une juste cause de transaction. L'arrêt de la cour d'Agen, qui avait déclaré la transaction nulle, pour mieux dire inexistante, fut cassé, après délibéré en chambre du conseil. La cour de cassation commence par constater qu'il y avait entre les deux parties une contestation sur laquelle il fut transigé. Là n'était pas la vraie difficulté : il s'agissait de savoir s'il y avait *doute* ou si le droit, objet de la transaction, était certain. La cour donna une autre tournure à la question : le mari, donataire de sa femme, connaissait la loi qui attribuait les biens du prêtre insermenté à ses héritiers; s'il ne s'en prévalut pas, c'est ou qu'il ne voulait pas s'en prévaloir, ou qu'il se trompait sur la portée de la loi; dans l'une et l'autre hypothèse, il y avait une cause. Quant à l'erreur de droit, si elle existait, elle ne donnait pas lieu à nullité (art. 2052). En définitive, l'arrêt attaqué avait considéré comme une fausse cause ce qui, en réalité, était une lésion résultant d'une erreur de droit, il avait donc faussement appliqué l'article 1131 et violé l'artile 2052 (1).

Cette décision nous paraît contestable. Y avait-il doute dans l'esprit des parties contractantes? En droit, certainement la question n'était pas douteuse; la loi était formelle. Mais les parties pouvaient croire qu'il y avait un doute suffisant pour donner lieu à une contestation. Ce point n'était pas établi; il aurait dû l'être pour valider la transaction. En déclarant la transaction inexistante, l'arrêt attaqué jugeait implicitement qu'il n'y avait pas de droit douteux. La cour de cassation pouvait-elle revenir sur cette appréciation? Il n'y avait qu'un moyen de valider la transaction, c'était de considérer l'obligation de restituer les biens confisqués comme une obligation naturelle; on a fait valoir ce motif (2); mais la cour de cassation ne le dit

(1) Cassation, 22 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 137, 2°).
(2) Comparez Pont, t. II, p. 283, n° 571.

point, et si l'on admet la doctrine que nous avons exposée sur les dettes naturelles, il est difficile de considérer comme obligation naturelle un devoir de conscience, pour mieux dire, un simple devoir de délicatesse; il ne peut pas y avoir d'obligation naturelle survivant à une loi d'ordre public, ce serait encourager les citoyens à ne pas l'observer.

326. Les parties peuvent-elles encore transiger quand le procès est terminé par un jugement? Quand le jugement peut être attaqué par les voies ordinaires, l'affirmative est certaine; en effet, l'appel ou l'opposition anéantit le jugement et, par suite, la contestation subsiste. Il n'en est pas de même du pourvoi en cassation; il n'empêche pas qu'il y ait un droit acquis, un droit que la partie gagnante peut mettre à exécution malgré le pourvoi; donc il n'y a plus de droit douteux. L'Exposé des motifs ajoute une restriction à cette doctrine : si les moyens de cassation présentaient une question douteuse, les parties pourraient transiger sur cette contestation (1).

327. Nous avons dit que la transaction implique la nécessité d'un sacrifice réciproque. C'est la décision des lois romaines : « Il n'y a point de transaction si l'on ne donne ou ne promet rien, ou si l'on ne retient quelque chose. » Domat a contesté ce principe; il dit que l'on ne doit pas prendre la loi romaine à la lettre, que l'on peut transiger sans rien donner et sans rien promettre, ni rien retenir. « Ainsi, ajoute Domat, celui qu'on prétendrait être caution d'un autre, pourrait être déchargé de cette demande par une transaction, sans que, de part ni d'autre, il fût rien donné, rien promis, ni rien retenu. » On a répondu, avec raison, que cette décharge est, à la vérité, valable, mais que ce n'est pas une transaction; ce serait un désistement, c'est-à-dire une simple renonciation; or, si la transaction implique une renonciation, il est certain que toute renonciation n'est pas une transaction. Bigot-Préameneu reproduit la doctrine de Domat; il dit qu'il y a

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 14 (Locré. t. VII, p. 461). Cassation, 16 prairial an VIII (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 168).

transaction quand l'une des parties se *désiste entièrement* de ses prétentions. C'est une erreur, car le désistement est un fait unilatéral, et la transaction est un contrat synallagmatique, ce qui suppose que chacune des parties contracte une obligation, et dans la transaction cette obligation consiste à renoncer à une partie de ses prétentions. L'erreur de Domat, quoiqu'elle soit reproduite par l'orateur du gouvernement, ne peut pas changer la nature des choses (1).

328. Il suit de là que la transaction est un contrat synallagmatique; d'où la conséquence que les formalités prescrites par l'article 1325 doivent être observées quand les parties dressent un acte sous seing privé de leurs conventions. Par une conséquence du même principe, la condition résolutoire est sous-entendue dans la transaction, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagements. La cour de cassation est tombée, à cet égard, dans une étrange erreur. En 1668, Louis XIV concéda au duc de Turenne les marais de Bourgoin. La commune forma opposition aux lettres patentes; en 1681 un traité intervint entre le cessionnaire du duc et la commune. Par ce traité, le cessionnaire s'obligeait à procéder au desséchement des marais dans un délai de cinq ans, et la commune lui abandonnait les six dixièmes des marais desséchés. Le desséchement ne fut opéré qu'en 1814. En 1826, action des concessionnaires contre la commune. Celle-ci prétendit que le traité était résolu pour cause d'inexécution des engagements. La défense, rejetée par le tribunal de première instance, fut accueillie par la cour d'appel et par la cour de cassation. Celle-ci dit que, par la longue inexécution des conventions intervenues en 1681, la commune était affranchie de ses engagements (2). C'était une double erreur. D'abord la condition résolutoire tacite n'existait pas dans l'ancien droit; puis la condition résolutoire tacite ne résout point le contrat de plein droit.

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Voyez les témoignages dans Pont, t. II, p. 230, n° 472, et Aubry et Rau, t. IV, p. 657, note 7, § 418.
(2) Rejet, 20 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1196).

329. Les transactions sont régies par des principes spéciaux; elles ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée; elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion (art. 2052). Pour mettre leurs conventions à l'abri de l'action en nullité, ou de la rescision pour cause de lésion, il arrive parfois que les parties les qualifient de transaction et leur donnent l'apparence de ce contrat. Il va sans dire que la réalité l'emporte sur la fiction, surtout quand la fiction a pour objet d'éluder la loi; la partie intéressée sera admise à prouver quel est le vrai caractère de la convention, et, par suite, l'action en nullité ou en rescision sera admise d'après le droit commun. Le code contient une application de ce principe; il permet de rescinder le partage lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart; puis il prévoit le cas où l'acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision serait qualifié de transaction, et il décide que l'action en rescision est admise contre cet acte; il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 2052, puisqu'il ne s'agit point d'une véritable transaction. Mais si après le partage il se présente des difficultés réelles entre les copartageants et qu'ils transigent, cette transaction tombe sous l'application de l'article 2052, et par suite, elle ne pourra être attaquée pour cause de lésion (art. 887 et 888). Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre des *Successions*.

Peu importe la qualification que les parties ont donnée à l'acte, peu importent leurs prétentions; les effets d'une convention ne dépendent pas du nom que les parties lui ont donné, ni du sens qu'elles lui attribuent; les contrats sont des lois que les juges interprètent d'après l'intention que les parties ont eue en contractant. Un débiteur menacé de poursuites correctionnelles pour abus de confiance obtint un sursis en prenant l'engagement de désintéresser le créancier dans un délai déterminé. Après l'expiration du délai, le créancier reprit ses poursuites. Le débiteur lui opposa qu'il y avait transaction. Il a été jugé que les éléments essentiels de la transaction faisaient défaut; il n'y avait pas de droit litigieux ni de concessions réciproques faites par les deux parties; le créancier avait seulement

suspendu ses poursuites sous une condition qui défaillit (1).

Par contre, il peut arriver qu'une convention soit une transaction, sans que les parties lui aient donné ce nom. Un créancier accorde une réduction de sa créance à ses débiteurs. Le traité ne signale aucune contestation sur la créance ni sur sa quotité. Il y est dit seulement que les époux débiteurs ont prié le créancier d'avoir pitié d'eux, et que celui-ci, touché de leur malheur, a consenti à leur accorder la remise qu'ils sollicitaient. Plus tard les débiteurs attaquèrent cette convention pour défaut de cause. Le créancier leur objecta qu'il y avait transaction. Après de longs débats, l'affaire fut portée, par un arrêt de renvoi, devant la cour d'Angers. Celle-ci jugea que la convention présentait les caractères d'une transaction. Le demandeur avait réclamé une somme de 60,000 francs; déjà les parties avaient choisi des avoués, il y avait donc une contestation qui allait être portée devant les tribunaux. Par l'intermédiaire des avoués, le différend fut partagé et la créance réduite à 30,000 francs. Ainsi la convention portait sur un droit douteux; cela est si vrai que les défendeurs prétendirent plus tard ne rien devoir; chacune des parties faisait donc un sacrifice, le demandeur en réduisant sa demande de moitié, les défendeurs en consentant à payer la moitié. Pourvoi en cassation. La chambre des requêtes le rejeta par le motif que la convention litigieuse avait été justement qualifiée de transaction, puisqu'elle avait pour objet de terminer une contestation née dès ce moment et qui s'était renouvelée depuis (2).

330. Le compromis a une grande analogie avec la transaction; les deux conventions ont pour objet de terminer un procès. Il y a cependant une différence essentielle, c'est que par le compromis les parties constituent un juge de leur choix, chargé de rendre un jugement; tandis que par la transaction, les parties elles-mêmes terminent leurs

(1) Bordeaux, 21 juillet 1830 (Sirey, 1831, 2, 236). Voyez d'autres exemples dans Pont, t. II, p. 235, n° 483.

(2) Angers, 15 juin 1861 (Dalloz, 1861, 2, 130), et Rejet, 23 août 1862 (Dalloz, 1862, 1, 456); Rejet, 16 juin 1875 (Dalloz, 1877, 1, 71). Voyez d'autres exemples dans Pont, t. II, p. 236, n° 484.

différends par voie de contrat. Les deux actes produisent aussi des effets différents. Nous ne signalerons qu'une de ces différences : les jugements arbitraux peuvent être attaqués par simple opposition à l'ordonnance d'exécution, dans les cas déterminés par le code de procédure, et notamment si l'arbitre a prononcé sur choses non demandées. Il va sans dire que cette disposition n'est pas applicable à la transaction.

Cette dernière difficulté s'est présentée dans l'espèce suivante. Il y avait, entre deux colons de l'Algérie, une contestation sur la propriété d'un domaine situé dans la province de Constantine. Les parties firent un compromis par lequel, dans le but d'éviter un débat judiciaire, elles convenaient de s'en rapporter à la décision d'un général qu'elles chargeaient de statuer sur leurs prétentions d'une manière définitive et irrévocable. Cet acte fut fait le 2 juillet 1860; le 28 août, les parties remirent au général, sur deux feuilles de papier timbré, leur blanc seing précédé de ces mots : « Approuvé les conventions et l'écriture ci-dessus. » Le général rendit sa décision le 16 novembre, sous forme d'une convention écrite au-dessus des signatures apposées sur les deux timbres. Sommée de délaisser le domaine, la partie condamnée attaqua la sentence arbitrale comme ayant statué sur choses non demandées. Le défendeur opposa que ce n'était pas un jugement, mais une transaction. Si l'on s'attachait aux deux blancs seings, il fallait décider, en effet, qu'il y avait transaction; car les blancs seings supposaient une convention, et la sentence arbitrale n'est pas un contrat. Mais pouvait-on isoler les blancs seings du compromis qui les avait précédés? Non, car les parties n'avaient pas révoqué le compromis; les blancs seings qu'elles remirent à l'arbitre en étaient, au contraire, l'exécution; cela résultait d'une clause même du compromis ainsi conçue : « L'arbitre statuera d'une manière définitive, irrévocable, sans aucun appel ni recours sur les prétentions des parties, qui s'obligent de la manière la plus formelle à ratifier immédiatement, par un *acte synallagmatique,* la décision à intervenir *comme si elle était le résultat d'un accord amiable entre elles.* » C'est cette

convention synallagmatique que les parties avaient remise d'avance au général; voilà pourquoi l'arbitre crut inutile de décider le différend sous forme de sentence, la convention signée des parties en tenait lieu. Le jugement, très-bien rédigé, du tribunal de Constantine, qui le décidait ainsi, fut confirmé en appel, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour de cassation reconnaît que l'emploi de blancs seings n'est le plus souvent qu'une forme adoptée pour arriver à une transaction (1); mais il en est autrement, dit la cour, lorsque la remise des blancs seings à un tiers a été précédée ou accompagnée d'un compromis, parce qu'il est vrai de dire que dans ce cas la décision est, non l'œuvre des signataires, mais du juge qu'ils se sont donné (2).

SECTION II. — Des conditions requises pour la validité des transactions.

§ Ier. *Du consentement.*

331. Albisson dit, dans son rapport au Tribunat : « La transaction est un contrat; elle doit donc réunir les conditions essentielles pour la validité des conventions prescrites par la loi générale des contrats. Ces conditions sont : le consentement des parties contractantes, la capacité de contracter, un objet certain qui fasse la matière de l'engagement, une cause licite. » Il faut donc appliquer à la transaction les principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations conventionnelles*, sauf la dérogation que le code y apporte, au titre des *Transactions*.

Le consentement est requis pour l'existence même de la transaction, puisque sans consentement il n'y a point de contrat. Comment le consentement se forme-t-il? Les parties peuvent transiger soit en personne, soit par mandataire, et le mandataire peut être un prête-nom. Le cas s'est présenté récemment devant la cour de cassation. Il s'agissait d'un procès sur la validité d'un testament; l'une des

(1) Cela est de doctrine et de jurisprudence. Voyez les autorités citées dans Pont, t. II, p. 232, n° 477, note 2.
(2) Rejet, 29 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 164).

parties ne voulait pas intervenir ostensiblement dans la transaction ; elle chargea par mandat verbal l'un des plaideurs de transiger en son nom personnel, en lui promettant la garantie pour l'exécution des obligations qu'il contracterait. Il y avait, en apparence, quelque chose d'irrégulier dans ces agissements : un mandataire s'obligeant envers les tiers sans que le mandant fût obligé. La cour d'appel valida néanmoins ce qui avait été fait, en déterminant l'objet et l'étendue du mandat et les droits qui en résultaient pour le prête-nom. Pourvoi en cassation : admis par la chambre des requêtes, il fut rejeté par la chambre civile. La cour dit très-bien qu'aucune loi ne prohibe de donner un mandat sous la forme de prête-nom ; le mandataire qui a traité en son nom personnel, pour le compte de son mandant, devient le débiteur direct et personnel des tiers envers lesquels il s'oblige, mais il conserve sa qualité de mandataire envers son mandant, et peut, par conséquent, exercer contre celui-ci les actions résultant du mandat (1). C'est l'application des principes que nous avons exposés au titre qui est le siége de la matière.

332. Les vices du consentement, l'erreur, la violence, le dol, n'empêchent pas la transaction d'exister, mais ils donnent lieu à une action en nullité (art. 1117). Ces vices sont aussi régis par le droit commun en ce qui concerne la transaction. L'article 2052 porte que les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion. Quant à la lésion, l'article 2052 est l'application de l'article 1118, d'après lequel la lésion n'est pas, en général, considérée comme un vice de consentement. Il n'en est pas de même de l'erreur de droit qui vicie le consentement aussi bien que l'erreur de fait. L'article 2052 déroge donc en ce point au droit commun; nous y reviendrons en traitant de la nullité de la transaction.

L'article 2053 ajoute : « Néanmoins une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur *dans la personne* ou sur l'*objet* de la contestation. Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence. » Cette disposition con-

(1) Rejet, chambre civile, 8 mai 1872 (Dalloz, 1872, 1, 348).

fond et met sur la même ligne des cas essentiellement différents. Nous laissons de côté le dol et la violence; il était inutile d'en parler, puisque le code ne déroge pas aux principes généraux concernant ces deux vices. Quant à l'erreur, la loi prévoit l'erreur dans la personne et l'erreur sur l'objet de la contestation. En principe, quand il y a erreur sur l'objet, il y a erreur sur la cause, puisque dans les contrats synallagmatiques l'objet est la cause, c'est-à-dire le motif juridique qui porte les parties à contracter. Or, l'erreur sur la cause fait qu'il y a fausse cause, et la fausse cause entraîne l'inexistence du contrat; et quand le contrat n'a pas d'existence légale, il n'y a pas lieu à l'action en rescision, la convention est nulle de plein droit, comme le dit l'article 1117; et l'article 1131, spécial à la cause, dit que l'obligation sur fausse cause ne peut avoir aucun effet. L'article 2053 s'exprime donc inexactement en parlant d'une action en rescision des transactions dans le cas où il y a erreur sur l'objet; c'est confondre la transaction inexistante avec la transaction nulle, comme nous le dirons plus loin.

333. Reste l'erreur *dans la personne* qui, d'après l'article 2053, est une cause de rescision des transactions. Quel est le sens de cette disposition? déroge-t-elle à l'article 1110? Cet article porte : « L'erreur n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » Or, dans les contrats à titre onéreux, la considération de la personne est, en général, indifférente, à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation de faire qui exige un talent particulier dans le débiteur. En disant que les transactions peuvent être rescindées lorsqu'il y a erreur dans la personne, l'article 2053 semble déroger à l'article 1110, en ce sens que cette erreur, qui, de droit commun, n'est pas une cause de nullité des contrats, devient une cause de nullité en matière de transactions. Cette dérogation ne s'expliquerait que si, en général, les transactions se faisaient par des considérations personnelles. Il faut bien croire que telle est la supposition du législateur,

sans cela l'article 2053 n'aurait pas de sens. C'est la seule disposition qui parle de l'erreur dans la personne en matière de contrats; si, comme on le prétend (1), l'article 2053 ne faisait qu'appliquer à la transaction la règle générale de l'article 1110, la disposition serait inutile; pourquoi le code, s'il entendait maintenir le droit commun, parlerait-il de l'erreur dans la personne en matière de transaction, quand il n'en parle dans aucun autre contrat? Du reste, la disposition est si mal rédigée, qu'elle se prête à toutes les interprétations. Elle mentionne aussi le dol et la violence, et ce n'est certes pas pour déroger au droit commun.

334. L'article 2053 présente encore une autre difficulté. Quel sera l'effet de la transaction s'il y a erreur dans la personne? la transaction sera-t-elle inexistante ou simplement annulable? D'après le texte, il faut dire que la transaction est seulement rescindable, et les principes conduisent à la même conséquence. Dans la théorie du code, l'erreur est un vice qui rend le contrat nul, en ce sens que la nullité en peut être demandée, mais le contrat n'est pas nul de plein droit. D'où vient donc la difficulté que nous signalons? Des explications données dans l'Exposé des motifs. Bigot-Préameneu dit : « Il n'y a ni consentement, ni même de contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne... Il n'y a point de consentement s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence. Ce sont les principes communs à toutes les obligations. » Non, ce n'est pas là le droit commun; l'article 1117 dit tout le contraire de ce que l'orateur du gouvernement fait dire au code civil. D'après l'Exposé des motifs, la transaction serait inexistante ou nulle de plein droit quand il y a erreur dans la personne, dol ou violence; tandis que l'article 1117 dit que la convention contractée par violence, erreur ou dol n'est point nulle de plein droit. Bigot-Préameneu confond les vices du consentement avec l'absence de consentement; l'erreur est évidente.

Cependant l'application que l'Exposé des motifs fait de ces faux principes à l'erreur dans la personne est exacte.

(1) Comparez Pont, t. II, p. 228 et suiv., n° 468.

Après avoir dit qu'il n'y a point de contrat lorsqu'il y a erreur dans la personne, l'orateur du gouvernement ajoute : « Telle serait la transaction que l'on croirait faire avec celui qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis qu'il n'aurait aucune qualité, et que ce droit lui serait étranger (1). » L'erreur dans la personne est, dans ce cas, une erreur sur l'objet, et l'erreur sur l'objet rend le contrat inexistant (n° 332). Bigot-Préameneu a raison de dire qu'une pareille transaction n'est point un contrat, car on ne conçoit pas de contrat sans objet. Seulement cet exemple cadre mal avec le texte de l'article 2053, puisque cette disposition suppose que la transaction est seulement rescindable, ce qui implique qu'elle existe.

Faut-il conclure de ce que dit l'Exposé des motifs que toute erreur dans la personne est une erreur sur l'objet et rend la transaction inexistante? Il y a des auteurs qui le disent (2); dans cette interprétation, le texte n'aurait pas de sens, puisqu'il parle d'une action en rescision fondée sur l'erreur dans la personne; or, un contrat inexistant ne donne pas lieu à une action en rescision. Pour que la loi reçoive son application, il faut supposer que l'erreur dans la personne n'implique pas une erreur sur l'objet. Voici l'exemple que l'on donne. Mon père a fait un legs à Paul; je transige avec le légataire; mais, en transigeant avec Paul, j'avais en vue une autre personne en considération de laquelle j'ai traité : il y a erreur dans la personne, il n'y a pas erreur sur l'objet; donc la transaction existe, mais elle est annulable. Ce sont des hypothèses d'école que la vie réelle ignore; nous regrettons d'avoir dû y insister si longuement, mais dans un ouvrage consacré aux *principes* on doit être précis et exact; et si le législateur ne l'est pas, il faut rétablir les vrais principes, quand même la matière n'aurait aucune utilité pratique.

(1) Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. VII, p. 461).
(2) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 90, note 1.

§ II. *De la capacité.*

335. « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction » (art. 2045). Ainsi la capacité de contracter ne suffit point, il faut la capacité d'aliéner. La raison en est que la transaction suppose des sacrifices réciproques; chacun des contractants renonce à une partie de ses prétentions; or, renoncer, c'est aliéner; il faut donc avoir la capacité d'aliéner pour transiger. De là suit que ceux qui sont capables de s'obliger, mais incapables d'aliéner, ne peuvent pas consentir de transaction. Faut-il aller plus loin et exiger la capacité de disposer à titre gratuit? La question ne mériterait pas d'être posée, si elle n'était mal résolue dans un ouvrage élémentaire; et c'est surtout dans les livres destinés aux élèves qu'il importe d'être d'une exactitude mathématique; les premières impressions et les premières études laissent toujours des traces, il faut donc se garder d'y présenter comme des principes des opinions hasardées. Le mot *disposer* dont se sert l'article 2045 est un terme général qui se dit des aliénations à titre gratuit et des aliénations à titre onéreux; toutefois, quand il n'est pas question d'actes à titre gratuit, le mot *disposer* s'entend de l'aliénation à titre onéreux; ainsi l'article 1449 porte que la femme séparée de biens peut *disposer* de son mobilier et l'*aliéner; disposer* veut-il dire ici disposer à titre gratuit? Non, car la femme mariée ne peut jamais faire de donation, quand même elle serait séparée de biens. C'est donc aussi là le sens du mot *disposer* dans l'article 2045. La transaction est de son essence un contrat à titre onéreux, puisqu'elle implique des sacrifices réciproques (n° 327); donc, quand la loi parle de la capacité de disposer, il doit s'agir de la disposition à titre onéreux; quelque grands que soient les sacrifices que l'une des parties fait, on ne peut pas dire qu'elle fasse une libéralité, car elle reçoit une compensation en retour. Il n'y avait donc aucun motif d'exiger la capacité de donner. Cela suffit à notre but. Nous renvoyons,

pour les détails, à la réfutation que M. Pont a fait de l'erreur de Mourlon (1).

336. Le principe établi par l'article 2045 reçoit-il exception quand la transaction est consentie par l'héritier apparent? C'est l'opinion commune (2); à notre avis, c'est une erreur; nous avons longuement examiné la question au titre des *Successions* (t. IX, n° 560).

N° 1. DES INCAPABLES.

337. La femme mariée est frappée d'incapacité juridique; elle ne peut pas même administrer ses biens, ni s'obliger pour cette administration, sauf quand le contrat de mariage lui confère cette capacité. A plus forte raison la femme ne peut-elle pas disposer ni transiger. Toutefois ce n'est pas là une incapacité absolue, elle peut aliéner, donc transiger avec autorisation maritale. Et quand elle fait un acte sans y être autorisée, l'acte n'est pas nul de plein droit, il est seulement annulable. Tel est le droit commun, et le code n'y déroge point en matière de transactions.

La femme séparée de biens, soit par contrat, soit par jugement, a la libre administration de son patrimoine; l'article 1449 dit qu'elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. En faut-il conclure qu'elle peut transiger sur ses droits mobiliers? Duranton répond que l'affirmative n'est pas douteuse; en effet, l'article 2045 permet de transiger à celui qui peut disposer, et l'article 1449 accorde ce droit à la femme. Le texte décide donc la question. Néanmoins la question est controversée; on soutient que le droit de disposer que l'article 1449 donne à la femme ne peut être exercé par elle que dans les limites des actes d'administration qu'elle a le droit de faire librement. Dans cette opinion, il va sans dire que la femme ne peut transiger, puisque transiger n'est pas un acte d'administration. Nous renvoyons la question de principe au titre du *Contrat de*

(1) Pont, t. II, p. 255, n° 510. Mourlon, t. III, p. 471, n° 1175.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 659, note 1, § 420.

mariage. Dans notre opinion, la femme mariée a pleine capacité de disposer de son mobilier, donc de transiger (1).

La femme marchande publique, dit l'article 220, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. Non-seulement elle peut s'obliger, elle peut aussi aliéner, puisque le commerce consiste essentiellement à acheter pour revendre. Puisque la femme commerçante peut disposer, il en faut conclure qu'elle peut aussi transiger sur ses intérêts commerciaux (2).

Quand la femme est mariée sous le régime dotal, elle ne peut, même avec autorisation du mari, aliéner ses immeubles dotaux; partant, elle ne peut transiger sur ses droits immobiliers. Ceci n'est pas une question d'incapacité; la femme dotale est, au contraire, plus capable que la femme commune en biens, puisqu'elle peut disposer de son mobilier paraphernal; l'inaliénabilité de la dot tient à un autre ordre d'idées; nous y reviendrons en traitant de l'objet des transactions.

338. Les mineurs non émancipés sont représentés par leurs tuteurs; nous dirons plus loin quel est leur pouvoir en matière de transactions. Régulièrement les mineurs n'agissent point, pas même avec autorisation du tuteur. S'ils faisaient une transaction, elle serait nulle en la *forme* (art. 1311), elle ne serait pas inexistante. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*.

Le mineur émancipé peut-il transiger sur les actes d'administration que la loi lui donne le droit de faire? Nous avons examiné la question, au titre qui est le siége de la matière (t. V, n° 235). A notre avis, le mineur émancipé ne peut pas transiger. L'opinion contraire est généralement enseignée (3).

Même quand le mineur est devenu majeur, il ne peut transiger avec son tuteur sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 (art. 2045). Nous avons examiné,

(1) Duranton, t. XVIII, p. 456, n° 409. En sens contraire, Pont, t. II, p. 256, n° 515.

(2) Pont, t. II, p. 256, n° 514, et les auteurs qu'il cite.

(3) Duranton, t. XVIII, p. 457, n° 409. Aubry et Rau, t. IV, p. 660, notes 4 et 5, § 420. Pont, t. II, p. 258, n° 520.

au titre de la *Tutelle*, les nombreuses difficultés auxquelles cette disposition donne lieu (t. V, nos 150-165).

339. Les interdits sont assimilés aux mineurs. Nous avons dit, au titre de l'*Interdiction*, quel est le sort des actes qu'ils passent après avoir été interdits et avant leur interdiction. Ces principes s'appliquent à la transaction.

Au lieu d'interdire les aliénés, on les place d'ordinaire dans une maison de santé ou dans un hospice. Dans ce cas, il leur est nommé un administrateur provisoire, dont les pouvoirs sont les mêmes que ceux du tuteur. Nous reviendrons, plus loin, sur les administrateurs légaux de biens d'autrui.

Quant aux faibles d'esprit et aux prodigues placés sous conseil, la loi leur défend de transiger sans l'assistance de leur conseil (art. 499, 511). On applique les principes généraux que nous avons exposés, au titre qui est le siége de la matière.

340. « Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'empereur » (art. 2045). On lit dans le rapport fait au Tribunat: « Les communes et les établissements publics sont essentiellement sous la tutelle et la surveillance du gouvernement; ils ne peuvent acquérir et aliéner sans autorisation. Il ne doit donc leur être permis de transiger qu'avec son autorisation expresse. »

Cette disposition a été modifiée, quant aux communes, par la loi communale, qui permet aux communes de transiger; mais leurs délibérations, à cet égard, sont soumises à l'approbation de la députation permanente du conseil provincial (loi du 30 mars 1836, art. 77, 3°) (1).

L'article 2045 ne parle pas des provinces ou départements, parce que, lors de la publication du code civil, les provinces ou départements n'étaient pas considérés comme des personnes civiles. Notre constitution place les provinces sur la même ligne que les communes quant à la personnification, et la loi provinciale donne aux conseils provinciaux des pouvoirs plus étendus que ceux dont jouissent les com-

(1) Sur la législation française, voyez Pont, t. II, p. 264, nos 528 530.

munes; ils peuvent transiger, et leurs délibérations ne sont soumises à l'approbation du roi que lorsque la valeur excède 10,000 francs (art. 86).

Quant aux établissements publics, tels que bureaux de bienfaisance, hospices, fabriques, ils sont soumis à des lois spéciales qui appartiennent au droit administratif (1).

341. L'incapacité des parties contractantes donne lieu à une action en nullité, mais la nullité est relative, puisqu'elle n'est introduite que dans l'intérêt des incapables. Aux termes de l'article 1125, « les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. » Cette règle s'applique-t-elle aussi aux personnes civiles? C'est la jurisprudence de la cour de cassation; nous avons exposé ailleurs nos motifs de douter (t. XVI, n° 63).

N° 2. DES INSOLVABLES.

342. Il y a des insolvables que la loi frappe d'incapacité. Tels sont les faillis : dessaisis de l'administration de leurs biens à partir du jugement qui déclare la faillite, ils n'ont plus le droit d'aliéner; ils ne peuvent donc pas transiger. Comme la transaction peut être utile à la masse, la loi donne aux syndics ou curateurs le droit de transiger sous les conditions que nous exposerons plus loin.

343. Les personnes non marchandes ne sont pas frappées d'incapacité, alors même qu'elles seraient insolvables; la déconfiture n'est point déclarée par un jugement comme la faillite, c'est un état de fait qui n'apporte aucune restriction à la capacité. Toutefois l'insolvabilité est une des conditions qui permettent aux créanciers de demander la nullité des actes que leur débiteur ferait en fraude de leurs droits. Les créanciers pourraient donc, en prouvant la fraude, demander la nullité d'une transaction que le débiteur aurait consentie depuis qu'il est en déconfiture. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit, sur l'action paulienne, au titre des *Obligations*.

(1) Voyez, sur la législation française, Pont, t. II, p. 266, n° 531

344. Le code de procédure établit une incapacité spéciale contre le débiteur dont les biens sont frappés de saisie immobilière; il ne peut pas aliéner ses biens à partir de la transcription de la saisie, et, par suite, il ne peut transiger. Il importe de remarquer que cette incapacité est toute spéciale; elle ne concerne que les biens saisis. Le débiteur conserve donc le droit de transiger sur tout autre objet, même sur les actes de procédure que les créanciers font pour exproprier le débiteur. La capacité, pour le débiteur en déconfiture, est la règle, l'incapacité est l'exception; donc il est capable de transiger sur toutes choses, à l'exception des biens saisis. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

N° 4. DES ADMINISTRATEURS.

345. En principe, ceux qui sont chargés par la loi, ou en vertu de la loi, d'administrer les biens d'autrui n'ont pas le pouvoir de disposer, pas même du mobilier. Nous avons établi ce principe, au titre du *Contrat de mariage*, en traitant des pouvoirs du mari administrateur (t. XXII, n°s 162-165). L'application souffre des difficultés et donne lieu à des controverses.

346. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent n'ont qu'un pouvoir d'administration; la loi le marque par un terme très-restrictif, en disant que l'administration provisoire n'est qu'un dépôt. Cependant de bons auteurs soutiennent que les envoyés peuvent transiger sur les droits mobiliers de l'absent, parce qu'ils ont le droit de disposer des meubles. Nous avons dit ailleurs qu'aucun texte ne leur reconnaît ce prétendu droit (t. II, n° 179). L'article 126 porte que le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. Est-ce qu'une loi qui charge le tribunal de décider si le mobilier sera vendu donne un droit aux envoyés (2)? Quant aux envoyés définitifs, ils

(1) Rejet, 23 juillet 1817 (Dalloz, au mot *Vente publique d'immeubles*, n° 234).

(2) Pont, t. II, p. 277, n° 261. En sens contraire, Aubry et Rau, t. I, p. 606, § 153 (4e édit.).

peuvent transiger, puisqu'ils sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers (t. II, n° 227).

347. Il y a de grandes difficultés sur l'étendue du pouvoir dont jouit le père, administrateur légal des biens de ses enfants. La loi est muette; et, dans le silence du texte, les interprètes se sont faits législateurs. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Puissance paternelle*, sur le point de savoir si le père peut transiger (t. IV, n°s 313 et 314) (1).

348. Le tuteur ne peut transiger qu'en remplissant les formalités prescrites par la loi (art. 467). S'il les a observées, le mineur est lié par la transaction, sans qu'il puisse l'attaquer pour cause de lésion. Si les formalités légales n'ont pas été remplies, la transaction est nulle, c'est-à-dire annulable; le mineur en peut demander la nullité pour vice de forme (art. 1311), sans être tenu de prouver qu'il a été lésé. C'est l'application des principes que nous avons établis, au titre des *Obligations*, en traitant de la capacité des parties contractantes (t. XVI, n° 50).

349. Le mari, administrateur légal, peut-il transiger? Dans notre opinion, la question ne peut pas même être posée. Le mari ne peut pas disposer des biens de la femme, pas plus des meubles que des immeubles: donc il n'a pas le droit de transiger. On enseigne cependant le contraire (2); le mari, dit-on, peut transiger sur tous les droits mobiliers de la femme. Et le motif? On n'en donne pas. Sans doute parce que l'on accorde au mari le droit de disposer du mobilier de la femme. Mais où est le texte qui, par dérogation aux principes, accorde au mari administrateur le pouvoir d'aliéner? Il peut encore, dit-on, transiger sur l'administration des immeubles de la femme. Sans doute le mari peut faire un acte d'administration sous forme de transaction, puisqu'il administre librement (3); mais il ne peut pas sacrifier un droit de la femme, ce serait disposer, et il n'a pas le droit de disposer. Enfin on prétend que le mari peut transiger sur toutes contestations relatives à la possession. Il

(1) Comparez Pont, t. II, p. 276, n° 560.
(2) Pont, t. II, p. 271, n° 546.
(3) Comparez Paris, 26 avril 1850 (Dalloz, 1851, 2, 180).

a, à la vérité, les actions possessoires; mais suffit-il du droit d'agir pour avoir le droit de transiger? Si le mari a les actions possessoires, c'est que ces actions sont un acte de conservation qui ne peut être que profitable à la femme. Comment peut-on comparer la transaction à un acte conservatoire?

350. L'héritier bénéficiaire peut-il transiger comme administrateur et sans perdre son bénéfice d'inventaire? Nous avons examiné la question, au titre des *Successions* (t. X, n° 143).

351. Le code de commerce ne donnait pas le pouvoir de transiger aux syndics de la faillite. Il peut cependant être très-utile à la masse que ses représentants jouissent de ce droit. Les lois nouvelles portées en France et en Belgique sur le régime des faillites ont comblé cette lacune. D'après l'article 492 de la loi du 28 avril 1851, les curateurs peuvent transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse. La loi prescrit des conditions et des garanties, dans l'intérêt de la masse et dans l'intérêt du failli. D'abord elle exige, en tous cas, l'autorisation du juge-commissaire, et elle veut que le failli soit dûment appelé pour qu'il puisse s'opposer, s'il y a lieu, à la transaction. Si la transaction porte sur des droits immobiliers, elle n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée. Il en est de même quand l'objet de la transaction excède 300 francs, ou que la valeur en est indéterminée. Le failli a le droit de s'opposer à l'homologation; l'opposition est péremptoire si elle a pour objet des biens immobiliers. Nous n'entrons pas dans les difficultés auxquelles les nouvelles dispositions ont donné lieu (1), cette matière étant étrangère à notre travail.

352. Nous n'avons rien à dire des mandataires administrateurs, sauf à renvoyer au titre du *Mandat*, où l'étendue de leurs pouvoirs a été expliquée.

(1) Voyez Pont, t. II, p. 278, n° 563.

§ III. *De l'objet des transactions.*

353. On peut, en général, transiger sur toute espèce de droits dès qu'ils sont douteux. Aux termes de l'article 1130, les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. Peut-on transiger aussi sur des droits éventuels? La cour de cassation a jugé, en principe, que les parties capables peuvent transiger sur des prétentions éventuelles et sur des droits qui ne s'ouvriront que postérieurement à la transaction (1). Cela nous paraît d'évidence; il suffit qu'il y ait un droit, et que ce droit soit douteux, peu importe qu'il soit éventuel ou conditionnel.

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui, à première vue, paraît contraire à cette décision. Un père lègue son disponible à deux de ses fils, en réduisant à la réserve l'aîné qui s'était marié contre son gré. La tante maternelle fit, de son côté, un testament en faveur de ces deux neveux, à l'exclusion de l'aîné; mais, à la sollicitation de la mère, il intervint entre les trois frères un acte qui était conçu en ces termes : « Les parties, voulant prévenir toutes contestations qui pourraient venir à naître du testament de leur tante, ont fait la *transaction* suivante, afin de conserver entre eux la concorde et l'amitié : la succession de ladite tante sera partagée en trois parts égales, sans tenir compte du testament. » Après la mort de la mère qui avait testé dans le sens de cette transaction, un procès s'éleva entre les frères. On objectait contre le frère aîné que la convention qu'il invoquait n'était pas une transaction. La cour de Bruxelles jugea en ce sens. Elle constate d'abord qu'au jour où la prétendue transaction avait été signée il n'existait aucune contestation entre les parties au sujet du testament de leur tante; l'acte porte qu'il avait pour objet de prévenir des contestations qui pourraient venir à naître. Sur ce point, les considérants de l'arrêt sont conçus dans des termes qui paraissent contraires à l'arrêt de la cour de cassation que nous avons cité comme arrêt de principe. Il ne

(1) Rejet, 31 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 86).

suffit pas, dit la cour, pour pouvoir transiger, que, dans un avenir plus ou moins éloigné et incertain, on puisse avoir des droits plus ou moins éventuels à la chose sur laquelle on transige; la saine raison nous dit que, pour traiter valablement, il faut, au moment même de la convention, avoir un *intérêt né et actuel*. S'il fallait prendre ces expressions au pied de la lettre, un droit éventuel ne pourrait pas faire l'objet d'une transaction. Mais la cour elle-même restreint le sens de cette locution en l'expliquant. Il faut avoir qualité, dit-elle, pour faire un bon ou un mauvais procès, à moins que l'on ne discute sur cette qualité même. Cela signifie, en d'autres termes, que les parties doivent avoir un droit quelconque qui puisse donner lieu à un procès; or, un droit éventuel peut engendrer une contestation. Dans l'espèce, le droit des deux frères légataires était certain, et le frère exclu n'avait aucun droit, il n'aurait eu de droit qu'en attaquant le testament; or, il n'était pas question de l'attaquer; on venait d'en prendre lecture quand la convention intervint. En définitive, la transaction était sans objet. Elle fut néanmoins maintenue comme déguisant une libéralité (1).

354. L'article 2046 contient une application du principe; il porte : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public. » Bigot-Préameneu expose les motifs de cette disposition. Contre l'habitude des orateurs du gouvernement et du Tribunat, il entre dans de longs détails sur le droit romain. On ne voit pas trop quel est le but de cette science; si le droit romain avait été adopté, en ce point, par la jurisprudence française, il eût fallu justifier l'innovation que les auteurs du code y auraient apportée; mais Bigot-Préameneu dit lui-même qu'en France on ne connaissait pas la distinction des délits privés et des crimes publics : à quoi bon alors la rappeler pour la critiquer? Le principe formulé par l'article 2046 a toujours été suivi dans l'ancien droit, et il est d'une simplicité extrême. Tout délit donne lieu à deux actions, celle du ministère public et celle

(1) Bruxelles, 1er août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 194).



de la partie lésée. Il est d'évidence que les particuliers ne peuvent pas transiger sur la poursuite du ministère public, qui se fait dans un intérêt social, pour la conservation de l'ordre public. Et il est tout aussi évident que les parties intéressées peuvent transiger sur l'action en dommages-intérêts qui appartient à celui qui a été lésé par le délit, contre l'auteur du fait dommageable. Cette transaction n'a rien de commun avec l'action du ministère public, elle n'entrave donc pas cette action. Bigot-Préameneu ajoute qu'elle ne l'aide point. Le ministère public ne peut pas se prévaloir de la transaction comme d'un aveu que le coupable fait du délit. Celui qui transige sur un fait dommageable ne se reconnaît pas par là coupable du délit d'où résulte l'action civile. Les apparences peuvent être contre lui ; il peut, quoique innocent, faire un sacrifice pécuniaire pour éviter l'humiliation de la procédure dans laquelle il serait obligé de se justifier. D'ailleurs la transaction n'est pas faite sur le délit avec celui qui est chargé de le poursuivre; on ne doit donc pas en induire un aveu (1).

La règle que l'on ne peut pas transiger sur les délits reçoit exception dans des matières spéciales, telles que les douanes et contributions indirectes, les délits forestiers. On peut transiger sur les amendes prononcées, parce que ce sont plutôt des dommages-intérêts que des peines. Nous n'entrons pas dans les détails, les lois spéciales n'étant pas de notre domaine (2).

355. Le principe qui permet de transiger sur toute espèce de droits suppose qu'il s'agit de droits d'intérêt privé que le législateur abandonne aux libres conventions des parties contractantes; elles peuvent disposer de ces droits, donc elles peuvent aussi transiger sur les contestations qui en naissent. Mais il y a des droits dont les parties ne peuvent pas disposer; l'article 1128 le dit des conventions ordinaires : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des contrats. » Nous avons dit, au titre des *Obligations,* que cette règle est formulée en termes trop absolus; il peut y avoir certaines conventions

(1) Bigot Préameneu, Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. VII, p. 459).
(2) Voyez les lois citées par Pont, t. II, p. 289, n° 587.



relatives aux choses qui ont été placées hors du commerce pour cause d'utilité publique. Cette exception ne s'applique pas à la transaction; l'on ne peut transiger sur aucun droit qui est hors du commerce, car transiger c'est disposer, et l'on ne peut transiger que sur les choses dont on a la faculté de disposer; donc on ne peut transiger sur des droits qui sont hors du commerce.

356. Cette règle reçoit de nombreuses applications dans les matières d'état. Le législateur règle l'état, ainsi que la capacité ou l'incapacité qui en résulte, par des considérations d'intérêt social; l'état, en ce sens, est d'ordre public, et, partant, il ne peut faire l'objet d'une transaction. Nous avons établi le principe ailleurs, et il est d'évidence (t. III, nos 426-428). Il a été jugé que l'on ne transige pas sur la nationalité; on ne transige pas non plus sur l'état d'enfant légitime ni d'enfant naturel, car les enfants naturels ont un état aussi bien que les enfants légitimes (t. IV, nos 22 et 23) (1).

Toutefois la défense de transiger sur l'état n'est pas absolue. Il y a des droits pécuniaires attachés à l'état, le plus considérable est l'hérédité. Quoique le droit de succéder dérive de l'état, il ne se confond pas avec l'état, il en diffère par son essence, car il est d'ordre privé; et, à ce titre, il est dans le commerce; partant il peut faire l'objet de conventions et de transactions. Cela est de doctrine et de jurisprudence, mais le principe est d'une application très-délicate; l'état et les droits qui en découlent sont si intimement liés, qu'il est difficile de transiger sur les droits sans toucher à l'état. Les parties doivent avoir soin de circonscrire leurs conventions dans le domaine des intérêts pécuniaires, en évitant même de se servir d'expressions qui rappellent l'état. Cette matière difficile a été traitée ailleurs; il suffit, pour le moment, de rapporter un arrêt de la cour de cassation qui tient compte de ces nuances. La cour commence par poser en principe que si les transactions ne peuvent avoir pour objet les matières d'ordre public, telles que l'état des personnes, les conventions des

(1) Rennes, 12 février 1824 (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 72.

parties peuvent valablement régler entre elles les intérêts pécuniaires qui dérivent de cet état. La cour constate ensuite, en fait, qu'il résulte de l'arrêt attaqué que les conventions litigieuses ne renfermaient aucune stipulation sur l'état civil des parties contractantes, qu'elles avaient seulement pour but de prévenir les contestations qui pouvaient s'élever sur une succession et sur deux communautés. Le pourvoi objectait que, pour venir au partage d'une succession, il fallait des héritiers, et que l'on n'était héritier qu'à raison de l'état de famille; cela est si vrai, disait-on, que les transactions se servent du mot d'*héritiers* pour qualifier les parties contractantes. La cour de cassation répond que les transactions n'avaient eu ni pour but ni pour effet de conférer aux défendeurs la qualité d'héritiers; que si toutes les parties y étaient désignées sous ce titre, ce n'était que transitoirement et d'une façon énonciative, pour la facilité du langage, sans que cette qualité eût été l'objet d'aucune convention. En réalité, ces actes se bornaient à constituer une masse unique, dans laquelle ils attribuaient à chacun des signataires une part égale (1).

357. Si la transaction porte sur l'état et sur les droits qui en résultent, pourra-t-on la maintenir pour les droits pécuniaires, sauf à l'annuler en ce qui concerne l'état? La cour de cassation a cassé un arrêt qui avait fait cette distinction. Mais il importe de noter les circonstances de la cause. Un seul et même prix avait été stipulé tant pour la renonciation à l'état que pour la renonciation aux droits pécuniaires. C'était donc le cas d'appliquer le principe de l'indivisibilité de la transaction. L'arrêt attaqué avait écarté entièrement la renonciation à l'état, parce qu'elle n'était entrée dans la convention que secondairement. La cour répond qu'il suffit qu'elle y soit entrée comme partie intégrante pour que l'on en doive tenir compte; or, dès qu'il y a transaction sur l'état des personnes, la convention est nulle comme contraire à l'ordre public (2).

Quand les parties ont transigé pour un prix distinct sur

(1) Rejet, 29 mars 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).
(2) Cassation, 27 février 1839 (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 73, 2°).

l'état et sur les intérêts pécuniaires, la question de la validité ou de la nullité de la transaction dépendra de l'intention des contractants. Si les diverses clauses de l'acte forment un tout indivisible, la convention entière tombera; si, au contraire, il y a deux transactions distinctes comprises dans un seul et même acte, le juge pourra maintenir l'une et annuler l'autre (1). Cette dernière hypothèse n'est guère que de théorie; quand les parties transigent tout ensemble sur l'état et sur les droits pécuniaires qui en résultent, cette seconde convention sera régulièrement une dépendance de l'autre.

358. La puissance paternelle est aussi d'ordre public; par suite toute convention, renonciation ou transaction qui interviendraient sur l'exercice de la puissance que la loi donne aux parents serait nulle (t. IV, n[os] 293-295). Dans nos mœurs et d'après la tradition coutumière, la puissance paternelle n'est pas un droit du père, c'est un devoir; or, on ne transige pas sur ses devoirs, on les remplit.

La question devient douteuse quand il s'agit des droits que la loi donne au père sur les biens de ses enfants. Est-ce que l'administration légale et l'usufruit légal sont d'ordre public ou d'intérêt privé? Nous avons examiné ces questions, au titre qui est le siége de la matière (t. IV, n[os] 297 et 323).

359. La tutelle est également d'ordre public (t. IV, n° 366). Il a été jugé, par la cour de cassation de Belgique, que, la tutelle étant d'ordre public, le subrogé tuteur ne peut transiger sur les questions qui s'y rattachent. Il faut dire de la tutelle ce que nous venons de dire de la puissance paternelle, elle ne confère pas de droits, elle impose des devoirs; dès lors la transaction ne se conçoit pas. Quelles que soient donc les renonciations que le subrogé tuteur ait consenties, il pourra toujours, et il devra, en acquit de ses devoirs, provoquer la destitution du tuteur, s'il y a lieu (2).

360. Peut-on transiger sur les nullités du mariage? Le mariage est certes d'ordre public; il modifie l'état de la

(1) Pont, t. II, p. 292, n° 593, et les auteurs qu'il cite.
(2) Cassation, 13 mars 1841 (*Pasicrisie* 1841, 1, 199).

femme et donne au mari la puissance maritale; il est encore d'ordre public, en ce sens qu'il est d'intérêt public; c'est la base de l'ordre social et le fondement le plus solide de la moralité.

La chambre de cassation de Bruxelles a rendu, en cette matière, un arrêt qui nous laisse quelque doute. Deux personnes se marient devant l'Eglise, et vivent maritalement pendant treize ans. Après la mort de la femme, sa sœur demande la liquidation de la société universelle de tous biens qu'elle prétend avoir existé entre les parties. Une transaction intervint, par laquelle il fut reconnu qu'une société *conjugale* avait existé entre les personnes mariées devant l'Eglise. En conséquence, l'homme s'obligea à rendre compte sur ce pied. Dans ce compte il fit figurer une succession échue à la femme en vertu de la coutume de Bruges, qui faisait tomber dans la communauté les successions échues à l'un des époux pendant le mariage. Cette prétention fut rejetée par le tribunal de Bruges et admise par la cour d'appel. Pourvoi en cassation. La cour prononça un arrêt de rejet, en se fondant sur ce que les parties n'avaient point traité sur la validité ou la nullité du mariage, mais uniquement sur les intérêts pécuniaires résultant d'une communauté qui avait existé entre deux personnes (1). Cela est vrai; mais quelle était la nature de cette communauté? Il n'y avait point de mariage, il ne pouvait donc être question d'une communauté de droit; il n'y avait qu'une société de fait. Et cependant la transaction réglait les effets de cette communauté de fait, comme si c'eût été une communauté légale résultant du mariage. N'était-ce pas attribuer au concubinage un effet qui ne peut appartenir qu'au mariage?

361. L'expression *ordre public* a encore une plus large acception; elle comprend l'intérêt public, social; en ce sens encore il faut dire qu'il n'est pas permis de transiger sur ce qui est d'ordre public, car les particuliers ne peuvent pas disposer de ce qui est d'intérêt général. En France, on

(1) Rejet, chambre de cassation de Bruxelles, 4 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 48).

applique ce principe aux traités secrets par lesquels un office de notaire est cédé; ces traités sont nuls; et la nullité est d'ordre public, puisqu'elle tient à l'exercice du pouvoir souverain, au droit que le chef de l'Etat a de nommer aux fonctions publiques. Dès lors toute transaction sur un traité pareil est frappée de nullité (1).

362. Peut-on transiger sur la question de savoir si une rente est foncière ou féodale? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, sur le réquisitoire de Merlin. Nous croyons la décision parfaitement rendue. Le pourvoi disait que l'abolition des rentes féodales est d'ordre public. Sans doute, puisque la féodalité, jusque dans ses derniers débris, blessait l'égalité politique et civile, un des grands principes de la révolution de 1789. Aussi ne pourrait-on pas maintenir, par forme de transaction, des rentes ayant un caractère féodal. Mais autre est la question de savoir si une rente est féodale ou foncière, et si, par suite, elle est supprimée ou maintenue; ce n'est pas là rétablir la féodalité, c'est décider une question douteuse que les parties tranchent par une transaction, au lieu de la porter devant les tribunaux (2).

363. Les droits de la femme dotale donnent lieu à d'interminables controverses. Dans les anciens pays de droit écrit, on aime à soutenir, en citant les lois romaines, que la dot est d'intérêt public. Cet ordre d'idées est étranger à nos mœurs et à nos lois. La dot est de droit privé; si la loi la déclare inaliénable, c'est uniquement comme garantie des intérêts de la femme. Toujours est-il que l'inaliénabilité de la dot a pour conséquence que la femme même autorisée ne peut transiger sur ses droits dotaux. Quant à la dot mobilière, elle est aliénable dans notre opinion; donc la femme autorisée peut transiger sur ses droits mobiliers. La jurisprudence est contraire; nous avons exposé ses inconséquences et ses incertitudes, au titre qui est le siége de la matière. Le régime dotal, avec ses entraves et son im-

(1) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 662, notes 19 et 20, § 420.

(2) Rejet, 5 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 464). Merlin, *Questions de droit*, au mot *Rentes foncières et féodales*, § 22



mobilité, est si contraire aux intérêts des époux, que ceux-ci recourent à mille détours pour acquérir un peu de liberté; et la jurisprudence vient à leur secours. Ainsi il a été jugé que la femme dotale pouvait transiger sur ses droits dotaux, quand la transaction est faite loyalement, dans le but d'arrêter un procès dont l'issue pouvait compromettre la dot(1). Qu'importe que ce soit un acte de bonne gestion? Est-ce que la femme peut disposer de ses biens dotaux, quand même cette disposition serait un acte de bonne gestion? Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi.

364. Il y a aussi un auteur qui s'est laissé aller à une étrange inconséquence. Duranton commence par dire que la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec l'autorisation de son mari, transiger sur ses biens dotaux. Il ajoute qu'il ne paraît pas que la justice puisse l'autoriser à transiger; car les dispositions du code qui permettent, par exception et avec l'autorisation du juge, l'aliénation des biens dotaux en certains cas, ne comprennent pas la transaction. Cela est d'évidence, nous semble-t-il. Cependant, conclut Duranton, comme les actes de cette nature sont dignes de faveur et que l'intérêt de la femme peut réclamer une transaction, il est à croire que celle qui serait faite avec l'autorisation de la justice serait inattaquable (2). Ainsi la justice ne peut autoriser la femme à transiger, et néanmoins la transaction faite avec autorisation de justice serait inattaquable! Cela s'appelle un accommodement avec la vérité que notre science n'admet point; laissons cette fausse doctrine aux théologiens.

365. Il y a un droit éventuel que le code place hors du commerce pour cause de bonnes mœurs et d'ordre public; toute stipulation sur une succession future est nulle (article 1130). Ces stipulations n'ont pas toujours le caractère odieux que la loi suppose; mais peu importe. La loi est absolue; donc toute transaction sur une succession non ouverte serait frappée de nullité, pour mieux dire, d'inexistence, comme nous l'avons expliqué, au titre des *Obligations* (3).

(1) Voyez la jurisprudence dans Pont, t. II, p. 302, note 3.
(2) Duranton, t. XVIII. p. 454, nº 407.
(3) Comparez la jurisprudence dans Pont, t. II, p. 304, nº 606.

366. Les créances alimentaires sont-elles d'ordre public? Cette question est très-controversée. Il faut d'abord distinguer si les aliments sont dus en vertu de la loi ou en vertu de conventions ou d'un testament. Les aliments que la loi oblige certaines personnes à fournir sont dus à raison d'un lien de parenté ou d'alliance. En résulte-t-il que l'on ne peut pas transiger sur l'obligation alimentaire? La question a été examinée ailleurs (t. III, n°s 50 et 59).

Si les aliments sont dus en vertu de conventions et de testaments, l'obligation ne touche en rien à l'ordre public; les aliments sont dans le domaine de celui à qui ils sont dus, ils peuvent être cédés, donc ils peuvent former l'objet d'une transaction. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et sa décision repose sur un fondement inébranlable, le texte de la loi. Pour que la transaction sur une créance alimentaire fût prohibée, il faudrait qu'elle fût placée hors du commerce; or, les droits, comme les choses, sont, en général, dans le commerce; ils servent aux besoins des hommes, ceux-ci doivent donc avoir le droit d'en disposer. De là suit qu'il faut une loi pour rendre une chose indisponible; or, dit la cour de cassation, l'indisponibilité des aliments ne résulte d'aucun texte. On cite l'article 1004 du code de procédure, qui défend de compromettre sur les aliments; la cour de cassation répond que la loi ne défend pas de transiger et que la prohibition de compromettre ne peut pas être étendue à un cas tout à fait différent (n° 330) (1). On cite encore l'article 581 du code de procédure, qui place les aliments parmi les choses insaisissables. La réponse est facile et péremptoire, c'est que la défense de la loi s'adresse aux créanciers de celui qui a droit aux aliments; elle limite leur droit de saisie, mais elle ne déclare pas les aliments indisponibles.

On s'est prévalu du droit romain; la cour de cassation répond que la loi romaine n'interdisait la disposition que pour les legs d'aliments; elle aurait dû répondre que nous sommes régis par le code civil, et non par le sénatus-consulte de Marc-Aurèle. L'empereur avait peut-être de bonnes

(1) Rejet, 22 février 1831 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 82, 2°. Comparez, en sens divers, Pont, t. II, p. 308, n° 313, et les auteurs qu'il cite

raisons pour déclarer les aliments indisponibles; en disposant des aliments, le donataire trompait les vues du donateur, qui avait entendu assurer sa vie. Un de nos bons auteurs soutient que la loi romaine est toujours en vigueur; Duranton oublie que le droit romain, de même que tout l'ancien droit, est abrogé par le code civil. Après avoir ressuscité une loi morte, Duranton trouve bon de la modifier; il peut être de l'intérêt du créancier de transiger; la transaction sera valable si elle est homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public (1). Qu'on nous dise en vertu de quel texte le juge interviendrait pour homologuer une transaction; et ne faut-il pas un texte pour lui donner la juridiction volontaire qu'il n'a point? On peut soutenir qu'il y a une lacune dans la loi, mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de la combler.

§ IV. *Formes.*

367. Après avoir défini la transaction, l'article 2044 ajoute : « Ce contrat doit être rédigé par écrit. » Cela veut-il dire que la transaction est un contrat solennel? La cour de Caen dit que « les termes impératifs de cette disposition ont *évidemment* eu pour objet de subordonner l'*existence* de la transaction à ce qu'il en soit donné acte (2). » On devrait trembler de dire, en droit, qu'une chose est *évidente!* Ce que la cour dit être une vérité évidente se trouve être une évidente erreur. Pour qu'un contrat soit solennel, il faut que la loi le dise; car, en règle générale, les formes ne sont prescrites que pour la preuve, c'est par exception que les formes sont de la substance du contrat : tels sont la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque. La volonté de rendre ces contrats solennels résulte du texte même de la loi. C'est ainsi que l'article 893 dit qu'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation et testament, dans les formes ci-après établies ; l'article 931

(1) Duranton, t. XVIII, n° 413. En sens contraire, tous les auteurs.
(2) Caen, 12 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 108).

prescrit ces formes, et il veut qu'elles soient observées sous peine de nullité. C'est plus que nullité, c'est inexistence; car, aux termes de l'article 1339, les donations nulles en la forme ne peuvent être confirmées. Est-ce que l'article 2044 est aussi rédigé en ce sens? Non, il se borne à dire que la transaction doit être rédigée par écrit. Quel est l'objet de cette disposition? La loi entend exclure la preuve testimoniale. C'est l'explication que donne le rapporteur du Tribunat. Après avoir rappelé que la transaction est un contrat, et qu'elle doit réunir les conditions essentielles requises pour la validité des conventions, Albisson dit : « La seule condition que le projet ajoute, et qui devait l'être par rapport à la *nature particulière* de la transaction, c'est qu'elle soit rédigée par écrit; ce qui est infiniment sage, car la transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou le résultat d'une *preuve testimoniale* (1). » Merlin dit très-bien que rien, dans ces paroles, n'indique la pensée de faire de l'écrit une solennité essentielle pour l'existence de la transaction. Pour que l'on pût donner ce sens au rapport, il faudrait que le rapporteur se fût servi de quelques expressions qui marquassent que la transaction, à la différence des autres contrats onéreux, serait un contrat solennel. Tout ce qu'Albisson dit, c'est que la transaction doit être rédigée par écrit, à raison de sa nature particulière : reste à savoir quelle influence la nature du contrat aura sur la forme. Elle n'en a d'autre, sinon que l'effet de la transaction ne doit pas dépendre d'une preuve testimoniale. Il s'agit donc d'une question de preuve, et la transaction a ceci de spécial que la loi n'en admet pas la preuve par témoins, même dans les cas où, d'après le droit commun, elle serait admissible (2). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (3); à vrai dire, la question n'a jamais

(1) Albisson, Rapport, n° 2 (Locré, t. VII, p. 464).
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Transaction*, § VIII, n° I (t. XVI, p. 54).
(3) Liége, 29 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 215). Bruxelles, 11 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 115).

été sérieusement discutée, parce que la solution n'en est pas douteuse.

368. Il y a des cas dans lesquels la transaction est soumise à des formes particulières, sans cependant qu'elle devienne un contrat solennel. Le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi; de plus, la transaction doit être homologuée par le tribunal, après avoir entendu le ministère public (art. 467). Nous avons expliqué cette disposition, au titre de la *Tutelle*. Nous renvoyons au même titre en ce qui concerne les traités qui interviennent, entre le mineur devenu majeur et son tuteur, sur le compte de tutelle (art. 472).

D'après le code de procédure, aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public » (art. 249). Il a été jugé que la transaction lie les parties avant d'avoir été homologuée; le contrat est formé par le concours de volontés, seulement il ne peut être exécuté avant d'avoir été homologué; et cette homologation peut toujours être demandée par l'une des parties, sans que l'autre puisse s'y opposer, sinon pour motifs légitimes (1). Nous n'insistons pas, puisque la matière appartient à la procédure.

369. Les questions de preuve donnent toujours lieu à des difficultés, même dans les matières les plus simples. Quand la transaction est rédigée par un écrit sous seing privé, les parties doivent observer les formalités de l'article 1325, puisque la transaction est un contrat synallagmatique. Si ces formes n'ont pas été remplies, il n'y aura pas de preuve littérale; mais de ce qu'il n'y a pas de preuve littérale faut-il conclure que la transaction même n'existe pas? Non, certes, puisque l'écrit n'est exigé ni pour l'existence ni pour la validité de la transaction. Cependant un auteur estimé dit que la transaction qui n'aurait été rédigée qu'en un seul original serait considérée comme un simple projet

(1) Bruxelles, 12 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 41).

et n'aurait aucune valeur. Ainsi formulée, la proposition est certainement erronée, puisqu'elle semble faire de la validité de l'écrit une condition de l'existence de la transaction. Après avoir dit que la transaction n'aurait aucune valeur, M. Pont ajoute que cette nullité est susceptible d'être couverte (1). C'est une nouvelle erreur : confirme-t-on un acte qui n'a aucune existence? Si réellement la transaction n'était qu'un projet, il n'y aurait qu'un moyen de lui donner vie, ce serait de faire une nouvelle convention. Nous renvoyons, quant aux principes, à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

La confusion entre les conditions requises pour la validité de l'écrit et les conditions requises pour la validité de de la convention se trouve aussi dans la jurisprudence. Une transaction intervint entre des héritiers ; l'acte énonçait qu'il avait été fait en cinq originaux ; il paraît qu'il n'avait été dressé qu'un seul original, lequel fut déposé chez le notaire de la famille, et placé par lui au nombre de ses minutes en vertu d'un arrêt de justice. L'un des héritiers demanda la nullité de la transaction, en se fondant sur l'inobservation de l'article 1325. Ainsi motivée, l'action n'avait point de sens : la transaction est-elle nulle quand la preuve littérale est nulle? En fait, toutes les parties reconnaissaient l'existence des conventions que l'écrit avait pour objet de constater. Que fallait-il de plus? Et qu'importait, après cela, que l'acte n'eût pas été rédigé en cinq originaux? Cependant la cour de cassation prouve longuement que le dépôt chez un notaire tenait lieu des doubles ; ce qui, en droit, est contestable (2). Cette discussion est parfaitement oiseuse. L'aveu est la meilleure des preuves ; et il y a quelque chose de profondément immoral de venir dire en justice : J'avoue que j'ai fait telle convention, mais je refuse de l'exécuter parce que l'écrit n'est pas fait en double. La loi peut-elle consacrer une pareille doctrine? Un arrêt de la cour de Liége dit très-bien que l'écriture n'étant requise que pour la preuve, il suffit que la

(1) Pont, t. II, p. 239, n° 490.
(2) Rejet, 25 février 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4070, 1°).

transaction soit avouée pour qu'elle doive recevoir son exécution (1).

370. La correspondance peut-elle tenir lieu de l'acte rédigé dans les formes de l'article 1325? En principe, non, puisque les lettres ne sont pas des actes; et fussent-elles des actes, elles devraient encore être dressées dans les formes légales. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 224). Entre commerçants, la correspondance est un moyen légal de preuve. Est-ce à dire que la transaction pourrait se prouver par lettres? Les transactions ne sont pas un contrat commercial, comme nous allons le dire, c'est un acte essentiellement civil; donc c'est le droit civil qui règle la preuve. Il a été jugé qu'une lettre régulièrement insérée aux livres de commerce ne peut être invoquée par le commerçant comme faisant preuve d'une transaction intervenue entre lui et son ancien commis sur un compte existant entre eux (2). L'arrêt ne discute pas la difficulté de droit.

371. Il y a des transactions qui se font en justice : quand les parties s'entendent et prennent, par l'intermédiaire de leurs avoués, des conclusions, le juge leur en donne acte; on donne à ces transactions le nom de *jugement d'expédient*. Cette dénomination est empruntée à l'ancienne jurisprudence; on désignait par là la sentence arrêtée à l'amiable entre les parties ou leurs procureurs; elle était déposée au greffe, puis on l'*expédiait* en forme exécutoire. Ces transactions judiciaires tiennent tout ensemble de la convention et du jugement. De même que les jugements, elles ne peuvent être attaquées que par les recours que la loi ouvre contre les décisions judiciaires, elles forment un titre exécutoire; et, sous l'empire du code civil, elles avaient le grand avantage d'emporter hypothèque judiciaire; notre loi hypothécaire n'a pas maintenu cette hypothèque. Les *jugements d'expédient* sont aussi des conventions, puisqu'ils se forment par concours de consentement, et non par la décision du juge; pour être valables, ils doivent donc réunir les conditions requises pour l'existence et la validité

(1) Liége, 31 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 79).
(2) Paris, 5 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 2, 39).

de toute transaction conventionnelle; ils sont indivisibles comme toute transaction, tandis que les jugements ne le sont point (1).

372. Il y a un magistrat institué pour concilier les parties, c'est le juge de paix. S'il parvient à les concilier, le greffier dresse procès-verbal des arrangements qui auront été pris. Aux termes de l'article 54 du code de procédure, « les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée. » Cela veut dire que le procès-verbal n'est pas un titre exécutoire, mais il ne faut pas en induire que le procès-verbal est un acte sous seing privé. C'est un juge qui reçoit les conventions, et c'est son greffier qui les constate; donc l'acte est authentique quant à la forme et quant à la preuve qui en résulte.

Le juge de paix saisi d'une action en bornage constate l'arrangement intervenu entre les parties au sujet d'un droit de passage, c'est-à-dire d'une contestation qui n'était pas de sa compétence. On a prétendu que le juge de paix, siégeant comme juge, ne pouvait pas recevoir les arrangements des parties. La cour de Bordeaux a rejeté cette singulière doctrine. Le juge de paix réunit deux qualités : il est juge et il est magistrat conciliateur; donc, alors même qu'il siége comme juge, il a qualité pour concilier les parties sur des contestations qui ne sont pas de sa compétence, et sur lesquelles, par conséquent, les parties devraient comparaître devant lui en conciliation. Il serait inutile et presque ridicule de renvoyer les parties, pour qu'elles comparaissent ensuite devant lui, alors qu'elles se trouvent devant le juge de paix, qui a toujours mission de les concilier (2).

Il est arrivé que l'une des parties a refusé de signer le procès-verbal dressé par le greffier, se croyant par là dégagée de la convention. Comme le procès-verbal ne se dresse que lorsque les parties ont arrêté leurs arrangements, le refus de signer ne peut pas être considéré comme un refus de traiter; et dès que la convention est parfaite

(1) Pont, t. II, p. 241, n° 493, et les auteurs qu'il cite.
(2) Bordeaux, 6 juillet 1858 (Sirey, 1859, 2, 254). Dans le même sens, Poitiers, 7 août 1861 (Dalloz, 1862, 2, 56)

par le concours de consentement des parties, elle doit être exécutée, alors même que l'une des parties refuserait de signer le procès-verbal; il suffit que le procès-verbal soit signé par le juge de paix et le greffier, pour être valable en la forme (1).

373. Les parties comparaissent à l'audience ou en la chambre du conseil; là elles se concilient, et le greffier dresse acte des arrangements. Cette transaction sera-t-elle valable en la forme? Non, les tribunaux n'ont pas pour mission de concilier les parties, ni les greffiers de dresser procès-verbal de leurs arrangements. Donc si les parties veulent rédiger immédiatement acte de leurs conventions, elles doivent le faire dans la forme de l'article 1325 (2).

374. Les transactions peuvent-elles être prouvées par témoins? En principe, non. C'est là le sens de l'article 2044. « Ce contrat doit être rédigé par écrit », quand on combine le texte avec le rapport fait au Tribunat par Albisson (n° 367). Pourquoi le législateur exclut-il la preuve testimoniale? Le rapporteur dit que cela tient à la nature des transactions. Un arrêt de la cour de Liége, qui rejette cette preuve, nous dit en quel sens la transaction exclut la preuve par témoins, tandis que les autres contrats non solennels l'admettent dans les limites de la loi. Les difficultés, dit la cour, qui divisaient les parties étaient nombreuses, et surtout d'une telle gravité, que l'on ne peut pas supposer que les parties eussent voulu laisser dans les termes d'une simple transaction verbale, proscrite d'ailleurs par la loi, la convention qui mettait fin à ces difficultés (3). Que serait-il résulté de l'admission de la preuve testimoniale? C'est que régulièrement il y aurait eu un procès sur la preuve; de sorte que l'acte destiné à terminer ou à prévenir un procès aurait engendré un procès quand il se serait agi de prouver la transaction. On conçoit les témoignages quand il s'agit de constater un fait ou une convention simple; on ne conçoit pas que l'on s'en rapporte aux dires des témoins

(1) Rejet, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 99).
(2) Liége, 29 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 215).
(3) Liége, 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 161). Gand, 22 février 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 130).

quand il s'agit de difficultés de droit que les témoins ne comprennent point. Il fallait donc, pour donner de la stabilité aux conventions, exiger qu'elles fussent rédigées par écrit.

375. En matière de commerce, la preuve par témoins est indéfiniment admise. En faut-il conclure que l'on peut prouver par témoins une transaction intervenue sur une affaire commerciale? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, et avec raison. Quoique la transaction se fasse sur une affaire de commerce, on ne peut pas dire qu'elle constitue un acte de commerce : terminer ou prévenir un procès né ou à naître n'a rien de commun avec le commerce qui consiste à acheter pour revendre. C'est essentiellement un acte civil soumis aux règles du droit civil. D'ailleurs les motifs pour lesquels la loi rejette la preuve testimoniale en matière de transaction s'appliquent à toutes les transactions, quel qu'en soit l'objet. La cour de Liége en a fait la remarque. Il est de l'essence de la transaction de mettre fin aux contestations nées ou à naître entre les parties ; rien ne serait plus contraire à ce but que de s'autoriser d'un accord verbal dont on demanderait la preuve par témoins ; ce qui jeterait les parties dans toutes les difficultés d'un procès dont l'issue dépendrait des chances incertaines des témoignages (1).

La preuve testimoniale n'est pas admise, quand même la chose qui fait l'objet de la transaction aurait une valeur moindre de 150 francs. Sur ce point, tout le monde est d'accord. En disant que la transaction doit être rédigée par écrit, sans réserver la preuve testimoniale, l'article 2044 déroge à la règle générale de l'article 1341. Nous venons d'en dire les motifs (n° 373). Toutefois le texte seul aurait été insuffisant ; l'article 1341 commence aussi par dire qu'il *doit* être passé acte de toutes choses excédant la valeur de 150 francs ; on aurait donc pu dire que l'article 2044 ne fait que reproduire la règle de l'article 1341. Mais le rap-

(1) Liége, 10 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 107). Dans le même sens, Bordeaux, 5 février 1857 (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 34). Bourges, 12 août 1871 (Dalloz, 1873, 2, 103). En sens contraire Massé, *Droit commercial*, t. IV, n° 2695.



port d'Albisson ne permet pas cette interprétation; il dit clairement que la preuve par témoins n'est pas admise en matière de transaction; l'article 2044 a donc un sens restrictif, ce qui exclut la preuve testimoniale (1).

376. En est-il de même lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit? Cette question est très-controversée. Tous les auteurs, à l'exception de Merlin, de Zachariæ et de Pont, enseignent que la preuve testimoniale n'est pas admise (2). La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire, mais les cours d'appel ne se sont pas ralliées à cette doctrine; les cours de Belgique aussi sont divisées. Nous croyons que dans aucun cas les transactions ne peuvent être prouvées par témoins; le texte de l'article 2044, combiné avec le rapport d'Albisson, conduit irrésistiblement à cette conséquence. Si l'article 2044 exclut la preuve testimoniale, comme on l'admet généralement, il l'exclut dans tous les cas, car il est conçu en termes absolus; il se rapporte à toutes les hypothèses dans lesquelles la preuve testimoniale peut être reçue, à l'article 1347 aussi bien qu'à l'article 1341. L'esprit de la loi est aussi absolu que le texte. Pourquoi la loi admet-elle la preuve testimoniale quand il existe un commencement de preuve par écrit? C'est que l'écrit rendant la chose probable, il y a moins de danger à compléter ce commencement de preuve par des témoignages toujours suspects. Cette théorie n'a rien de commun avec la transaction. Si la loi rejette la preuve testimoniale en cette matière, ce n'est pas parce qu'elle se défie des témoins, c'est parce que les témoins ne seraient pas en état de rendre compte de ce qui s'est fait en leur présence; cela conduirait inévitablement à un procès sur la preuve. Eh bien, ce motif reçoit son application lorsque la preuve testimoniale n'est admise qu'avec un commencement de preuve par écrit, aussi bien que lorsqu'elle est admise directement. Si l'on admet l'explication qu'Albisson a donnée de l'article 2044, on doit nécessairement en conclure que l'exclusion de la preuve par témoins

(1) Duranton, t. XVIII, p. 453, n° 406, et tous les auteurs.
(2) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 245, n° 502. Aubry et Rau, t. IV, p. 661, note 8, § 420.

est absolue. Toutefois la chambre civile a rejeté cette opinion, après un long délibéré et sur les conclusions conformes de l'avocat général. Il y a donc doute. Il faut entendre la cour.

Elle admet que l'article 2044 déroge à l'article 1341, et que, par suite, la preuve testimoniale n'est pas admissible, alors même que l'intérêt engagé dans la transaction serait au-dessous de 150 francs. La cour en conclut que l'article 2044 laisse entière, par cela même qu'il n'en dit rien, la disposition de l'article 1347 qui autorise, comme règle générale, la preuve par témoins lorsqu'elle peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit. Cette argumentation suppose que l'article 2044 se rapporte uniquement à l'article 1341 ; la supposition est purement gratuite ; en effet, l'article 2044 est conçu dans des termes absolus, il veut que la transaction soit rédigée par écrit ; or, peut-on dire que la transaction soit rédigée par écrit, alors qu'il y a seulement un commencement de preuve par écrit ? Donc l'article 2044 empêche l'application de l'article 1347, comme il empêche l'application de l'article 1341. Les motifs de l'article 2044, tels que le rapporteur du Tribunat les a exposés, sont également absolus ; nous sommes étonné que la cour de cassation ne dise rien d'un élément aussi essentiel du débat. Il est inutile de continuer cette critique de l'arrêt de la cour de cassation ; si ce que nous disons du point de départ de la cour est vrai, toutes les conséquences qu'elle en déduit tombent par cela même (1).

377. Il y a un cas dans lequel, de l'avis de tout le monde, la preuve testimoniale est admise ; c'est dans le cas de perte de l'acte qui avait été dressé pour constater la transaction. On ne peut pas, dans ce cas, reprocher aux parties d'avoir négligé de se conformer à l'article 2044, puisqu'elles l'avaient fait, et comme c'est par une force majeure qu'elles sont privées de cette preuve, la loi doit leur

(1) Cassation, 28 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 105). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 25 avril 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 152). Bruxelles, 13 mai 1863 (*Pasicriste*, 1864, 2, 22). En sens contraire, Nancy, 5 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45) ; Metz, 30 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 2, 230). Liége, 2 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 49).



accorder la preuve par témoins; le droit et l'équité l'exigent. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1348, n° 4, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 571).

378. On demande si la transaction peut être prouvée par l'aveu des parties. L'affirmative est écrite dans le texte de l'article 1356, aux termes duquel l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui de qui il émane. Cela n'est pas douteux. Mais il y a controverse sur le point de savoir si l'une des parties peut faire interroger l'autre sur faits et articles; cela aussi ne nous paraît pas douteux, car l'interrogatoire n'a pas d'autre objet que d'obtenir un aveu de la partie interrogée. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs, sauf Troplong, et elle est consacrée par la jurisprudence (1). Que dit Troplong pour justifier son dissentiment? Qu'il est déplorable d'ouvrir la lutte judiciaire sur l'existence d'un acte destiné à la fermer. A notre avis, il y a quelque chose de plus déplorable encore, c'est de contester aux parties intéressées un droit que la loi leur accorde : « Les parties peuvent, *en toutes matières,* demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles » (code de proc., art. 324). Troplong ajoute : « Qui empêchait les parties de conclure leurs accords par écrit s'ils étaient définitifs (2)? » Il ne s'agit pas de ce que les parties pouvaient faire et n'ont point fait, il s'agit de ce qu'elles ont le droit de faire; or, leur droit est écrit dans la loi.

379. Le serment décisoire peut-il être déféré sur le point de savoir s'il y a transaction? Encore une question controversée et qui ne devrait pas l'être. Aux termes de l'article 1358, « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit ». Les tribunaux s'en sont tenus à ce texte si clair et si formel : ils l'ont appliqué à la transaction, parce qu'il n'y a aucun motif pour faire une exception. Les auteurs aussi se prononcent en faveur de cette opinion (3). Troplong seul est d'un avis

(1) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 252, n° 506, note 2.
(2) Troplong, *Des transactions*, n° 31.
(3) Voyez les citations dans Pont, t. II, p. 252, n° 507, et dans Aubry et Rau, t. IV, p. 660, note 7, § 420. Il faut ajouter La Haye, 3 juillet et 26 juillet 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 456 et 486).

contraire. Un seul peut avoir raison contre tous. Est-ce que, dans l'espèce, Troplong a de si puissants motifs pour se séparer de la doctrine que les auteurs enseignent et que la jurisprudence consacre? Il cite d'abord un arrêt de la cour de Montpellier, qui ne dit pas ce que l'auteur lui fait dire. Puis vient la raison qui lui fait rejeter l'opinion commune. Le serment décisoire, dit-il, est un moyen de preuve qui répugne à la nature de la transaction; il suppose un procès sur la preuve, et la *loi ne veut pas qu'il puisse y en avoir*. Quelle est cette loi? Le seul article du code qui ait trait à la question, est l'article 2044. Est-ce que cet article ne veut pas qu'il puisse y avoir un procès sur la preuve? Oui, s'il s'agit de la preuve testimoniale, la seule que le code entende rejeter. Non, s'il s'agit de toute autre preuve. Non-seulement la prétendue loi que Troplong invoque n'existe pas, le législateur ne la fera jamais, parce qu'elle serait absurde. Troplong admet l'aveu : est-ce que, par hasard, il ne peut pas y avoir de procès sur l'aveu? Il s'en élève tous les jours et des plus difficiles sur l'indivisibilité de l'aveu; il faudrait donc rejeter l'aveu. Il faudrait encore rejeter la preuve littérale que le code admet, car les écrits aussi donnent lieu à des procès, de même que toute preuve Troplong combat ensuite Merlin; nous n'entrons pas dans ce débat, où la vanité de l'auteur est en jeu beaucoup plus que la science (1).

(1) Troplong, *Des transactions*, n° 29.



CHAPITRE II.

DES EFFETS DE LA TRANSACTION.

---

§ Ier. *De la clause pénale ajoutée à la transaction.*

380. Les transactions, dit l'article 2044, ont pour objet de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. C'est pour cela qu'on les compare à un jugement que les parties ont prononcé entre elles; et lorsqu'elles mêmes se sont rendu justice, elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre. S'il en était autrement, les transactions elles-mêmes deviendraient une nouvelle cause de procès. C'est parce que ce contrat est irrévocable, qu'il est un des plus utiles à la paix des familles et à la société en général. Mais les passions des hommes ne respectent pas toujours les conventions, même les plus sacrées, et il n'y a pas de passion plus tenace que l'intérêt; on cède et on transige, puis on regrette d'avoir fait des concessions, et l'on cherche à revenir sur ce qui a été fait. Pour assurer davantage l'irrévocabilité des transactions, les parties y ajoutent souvent une peine. L'article 2047 consacre cet usage en disposant que « l'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ». Disposition inutile, puisque la clause pénale est de droit commun et peut être ajoutée à tous les contrats.

381. C'est peut-être parce que la disposition de l'article 2047 est inutile que l'on a essayé de l'interpréter en un sens qui lui donnerait quelque importance. L'article 1229 dit que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. De là la loi déduit cette conséquence que le créancier peut demander en même temps le principal et la peine. Toullier, suivi par quelques auteurs, en-

seigne que cette règle ne s'applique pas à la transaction (1). L'erreur nous paraît certaine; l'article 2047 ne déroge certes pas au droit commun, puisqu'il ne fait que le consacrer; et il n'est pas entré dans l'intention des auteurs du code d'y déroger, puisque le rapporteur du Tribunat dit formellement que les effets de la peine ajoutés à la transaction sont réglés par les principes exposés au titre des *Obligations* (2).

Autre est la question de savoir si les parties peuvent stipuler le cumul de la peine et de l'exécution de l'obligation principale. L'affirmative n'est pas douteuse, comme nous en avons fait la remarque, en traitant de la clause pénale (t. XVII, n° 461). Les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles ne blessent pas les bonnes mœurs ni l'ordre public (3). Dans les transactions, et en cela Toullier a raison, il y a des motifs pour lesquels le cumul peut être convenu, c'est que les parties sont engagées dans un procès, et elles veulent se mettre à l'abri des ennuis et des tracas qu'entraîne un débat judiciaire; le moyen le plus simple de l'empêcher, c'est d'infliger une peine à celui des contractants qui, au mépris de la transaction, recommencera le procès (4).

382. Toullier a encore soulevé une autre question. Celui qui demande la nullité de la transaction est-il obligé de payer la peine par cela seul qu'il agit en justice? Toullier dit que oui, parce que la peine a été stipulée précisément pour empêcher l'une des parties d'agir. Cela n'est pas tout à fait exact. La peine est convenue pour sanctionner une obligation valable; or, le demandeur prétend que la transaction est nulle, et si réellement elle est nulle, la peine tombe. Il est certain que si le demandeur payait la peine et si ensuite la transaction était annulée, il pourrait répéter ce qu'il a payé, car il aurait payé sans cause : c'est

(1) Toullier, t. III, 2, n° 830, suivi par Marbeau et Taulier.
(2) Albisson, Rapport, n° 5 (Locre, t. VII, p. 465). Pont, t. II, p. 311, n° 617, et les auteurs qu'il cite.
(3) Voyez un exemple dans Rejet, 23 décembre 1873 (Dalloz, 1875, 1, 23).
(4) Pont, t. II, p. 312, n° 618, et p. 313, n° 624. Aubry et Rau, t. IV, p. 667, et note 14, § 42.

donc l'issue du procès en nullité qui décidera si le demandeur doit ou non payer la peine (1).

Il a été jugé qu'une demande en rectification fondée sur une erreur de calcul ne donne pas ouverture à la peine. L'arrêt insiste sur la bonne foi du demandeur; il statue donc en fait plutôt qu'en droit (2). Il nous semble que l'on doit mettre sur la même ligne toutes les demandes qui ont pour objet d'attaquer la transaction pour une raison quelconque : la peine doit être encourue dès que la demande n'est pas fondée.

§ II. *De la transaction considérée comme chose jugée.*

383. L'article 2052 pose en principe que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Cette assimilation est trop absolue; nous verrons, en expliquant les effets des transactions, qu'elles diffèrent en plusieurs points des jugements.

La transaction a un premier effet qui résulte de l'objet même que les parties ont en vue : si elle intervient dans le cours d'un procès, elle met fin au litige; l'affaire est rayée du rôle comme terminée. Cela suppose toutefois que la transaction est valable : si elle était annulée, elle serait considérée comme n'ayant jamais existé; et, par suite, l'instance ne pourrait être reprise sans une nouvelle assignation des parties (3).

Tant que la transaction subsiste, il ne peut pas y avoir de nouvelle instance ni de reprise d'instance si la demande nouvelle a le même objet, la même cause, et si elle est formée entre les mêmes parties; le défendeur la repousserait par une exception analogue à celle qui résulte d'un jugement. Nous allons revenir sur ce point. S'il n'y a pas lieu à l'exception, la demande est valable, quand même elle dépendrait du litige auquel la transaction a mis fin. Il faudrait donc une nouvelle assignation, et si les parties

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 667, note 15, § 421.
(2) Bastia, 8 février 1837 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 120).
(3) Liége, 23 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 263).

avaient transigé en appel, la demande devrait subir les deux degrés de juridiction (1).

384. La transaction donne à chacune des parties une exception analogue à celle de la chose jugée : nous l'appellerons exception de transaction (*exceptio litis per transactionem finitæ*). C'est la conséquence la plus directe de l'article 2052 : puisque la transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, il en doit résulter une exception de chose jugée; car l'autorité d'un jugement consiste en ce que la chose qu'il a décidée ne peut plus être contestée en justice, entre les mêmes parties; et l'exception est accordée pour empêcher que le second juge, s'il était saisi, ne décidât la question en un sens différent du premier jugement. La transaction ayant le même objet que le jugement, celui de mettre fin à la contestation et de l'empêcher par conséquent de renaître, il fallait donner aux parties l'exception qui résulte de la chose jugée, afin d'empêcher que le différend terminé par la transaction ne fût reproduit en justice. Sous ce rapport, il y a analogie entre l'exception de transaction et l'exception de chose jugée. Mais on ne peut pas dire de la transaction ce que l'on dit des jugements, à savoir que la chose jugée est présumée la vérité, et que c'est un des fondements de l'ordre social que cette vérité ne puisse être détruite. Les transactions ne sont que des conventions entre particuliers, et elles ne sont pas plus sacrées que les autres conventions. Elles peuvent être attaquées et annulées comme tout contrat, tandis que les jugements passés en force de chose jugée sont irréformables. Nous reviendrons sur l'action en nullité des transactions; pour le moment, il faut nous arrêter au caractère de chose jugée qui leur appartient.

385. L'article 1351 détermine les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'exception de chose jugée. Ces mêmes conditions sont exigées pour l'exception de transaction; elles résultent de la nature même de la chose jugée, de sorte que l'article 2052, qui pose en principe que les transac-

(1) Bruxelles, 23 décembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 367). Rejet, 17 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 1, 247).



tions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, suffit pour que l'on doive appliquer à l'exception de transaction les dispositions de l'article 1351. Le code contient des applications de ce principe; mais, par un singulier défaut de classification, il pose le principe dans l'article 2052, et il en donne des conséquences dans les articles 2048-2051 qui précèdent, et sans qu'il y soit dit un mot d'une exception de chose jugée ou transigée. C'est que ces dispositions peuvent aussi se rattacher aux principes généraux sur les conventions. Toutefois il eût été plus simple et plus logique de s'en tenir, quant au principe, à l'article 2052, sauf à renvoyer, quant aux conditions, à l'article 1351; de sorte que les articles 2048-2051 sont, en réalité, inutiles. Nous n'imiterons pas ce désordre, il est inutile de traiter de nouveau, à l'occasion de l'exception de transaction, des questions que nous avons déjà examinées en expliquant l'article 1351. Il suffira d'établir les conditions qui résultent de l'analogie que l'article 2052 établit entre les deux exceptions, en y ajoutant les applications que le code en donne dans les articles 2048-2051.

386. L'article 2052 dit que les transactions ont, *entre les parties*, l'autorité de la chose jugée. C'est une des conditions exigées par l'article 1851 : il faut que la demande soit entre les mêmes parties. La loi ajoute : et formée par elles et contre elles en la même qualité; cette dernière condition n'est pas reproduite au titre des *Transactions*, mais elle est de droit, car il ne s'agit pas de l'identité physique des parties, il s'agit de leur identité juridique. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens, et la chose n'est point douteuse (1).

L'article 2051 contient une conséquence de ce principe : « La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux. » Que faut-il décider si les divers intéressés sont unis par un lien de solidarité et d'indivisibilité? Et quand l'un des intéressés est débiteur principal et l'autre caution? Nous avons

(1) Bruxelles, 7 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 182).

examiné ces questions et d'autres difficultés analogues, au titre des *Obligations* (t. XX, n[os] 113-117).

387. L'article 2050 contient une disposition que l'on ne sait où classer; il est ainsi conçu : « Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un *droit semblable* du chef d'une autre personne, il n'est pas, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure. » Cette disposition se rattache-t-elle à la condition de l'identité de personnes? ou est-elle une suite des dispositions qui précèdent, concernant l'identité d'objet? La dernière explication est donnée par l'orateur du gouvernement; voici l'exemple qu'il cite et qu'il emprunte à Domat. Un mineur transige avec son tuteur sur la part qu'il avait, de son chef, dans la succession de son frère; il devient ensuite héritier de son frère pour l'autre part. Le tuteur pourra-t-il lui opposer la transaction qui est intervenue entre eux? Non, sur ce point il n'y a aucun doute. Reste à savoir quel est le motif de décider. Les parties sont les mêmes, mais l'objet est différent; c'est sur sa part héréditaire que le mineur a transigé, ce n'est pas sur la part héréditaire de son frère. Donc il n'y a pas lieu à l'exception de transaction, parce que la condition de l'identité d'objet fait défaut (1).

Si l'on interprète ainsi la loi, dit-on, l'article 2051 ne ferait que répéter ce qu'ont déjà dit les articles 2048 et 2049. Il faut donc supposer que cet article prévoit la condition de l'identité de parties. Je transige sur un droit que je prétendais avoir de mon propre chef. Puis je deviens héritier d'une personne à qui ce même droit appartenait. Je pourrai l'exercer sans qu'il y ait lieu à repousser mon action par l'exception de transaction; il est vrai que le droit est le même, mais les personnes diffèrent, car dans la seconde affaire, je n'agis plus en nom personnel, j'agis comme héritier (2).

Cette seconde interprétation est, à la rigueur, admissible. Toutefois nous préférons la première; d'abord parce

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 8 (Locré, t. VII, p. 460).
(2) Pont, t. II, p. 346, n° 666.

que c'est celle qu'ont donnée les auteurs du code; ensuite parce qu'elle concorde mieux avec le texte de l'article 2051; il y est question d'un *droit semblable*, ce qui rentre dans l'explication de Bigot-Préameneu, tandis que dans l'autre interprétation, on est obligé de changer le texte, en lisant *droit identique*, au lieu de *droit semblable*. Quant à l'objection que l'article 2051, ainsi interprété, est une répétition inutile des dispositions qui précèdent, elle nous touche peu; le code est si mal rédigé, en cette matière, que l'on aurait tort de mettre de la logique là où, en réalité, il n'y en a point.

388. Il faut identité d'objet et de cause. Cela résulte de la combinaison des articles 2052 et 1351. Quant au principe, nous renvoyons au titre des *Obligations*. Le code ne s'occupe de cette condition que pour dire que les transactions sont de stricte interprétation : « Les transactions, dit l'article 2048, se renferment dans leur objet, » et l'article 2049 ajoute que « les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris. » Ce principe d'interprétation résulte de la nature des transactions; elles impliquent que chacun des contractants sacrifie une partie de ses droits; or, les renonciations sont de droit étroit; on ne peut jamais les étendre, il faut s'en tenir à la volonté de celui qui renonce (1). C'est ce que dit l'article 2049 : « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions *spéciales* ou *générales*, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé. » C'est dire que l'on ne doit pas s'attacher aux termes. L'article 2048 dit la même chose : « La renonciation à *tous* droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. » Ces règles d'interprétation sont au fond celles que le code établit au titre des *Obligations*. « On doit, dans les conventions, rechercher quelle est la commune intention des parties contractantes, plutôt que de

(1) Voyez une application dans un arrêt de Liége, 25 juin 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 145).

s'arrêter au sens littéral des termes » (art. 1156). « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter » (art. 1163). On voit que le législateur a peu de confiance dans la rédaction des actes ; il est rare qu'elle soit l'œuvre des parties, et ceux qui les rédigent y mettent rarement la précision et la clarté désirables. Cependant il ne faut pas outrer les choses et faire dire au législateur ce qu'il n'a pas voulu dire. Quand les termes d'une convention ne laissent aucun doute, il faut s'y tenir, de même que l'on doit appliquer la loi dans le sens clair qu'elle présente ; il n'y a lieu à interprétation que lorsqu'il y a doute, et dans ce cas, il faut tenir compte de l'intention, dans les contrats encore plus que dans les lois, parce que les lois sont généralement mieux rédigées.

389. Comment le juge peut-il connaître l'intention des parties contractantes ? Ceci est une question de fait que la théorie est impuissante à résoudre. On a essayé de formuler des règles ; nous doutons fort que jamais un magistrat les consulte, et il les consulterait qu'elles ne lui serviraient à rien ; quand le juge est un homme de bon sens et d'expérience, il sera meilleur appréciateur de la volonté des parties que le plus subtil jurisconsulte. Il n'y a qu'une de ces règles qui touche au droit, et elle est d'une évidence telle, qu'il est presque inutile de la formuler. A quelle époque faut-il se reporter pour apprécier l'intention des contractants ? Il s'agit de savoir ce qu'ils ont voulu ; or, c'est au moment du contrat qu'ils expriment leur volonté, il faut donc que le juge se replace dans la situation des parties à ce moment, pour décider ce qu'elles voulaient (1).

390. Nous empruntons quelques applications à la jurisprudence. Une diligence verse et un voyageur est blessé ; il transige avec l'entrepreneur sur les dommages-intérêts résultant de cette blessure. Plus tard il meurt des suites de sa chute. La veuve et les enfants poursuivent l'entre-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 665, et notes 8 et 9, § 421. Pont, t. II, p. 341, nos 657 et 658.

preneur des messageries; celui-ci oppose la transaction. La cour d'Aix a rejeté cette défense. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'intention des parties; elles entendaient transiger non sur la mort, que l'on ne pouvait pas prévoir lors de la convention, mais sur une fracture, le seul dommage qui existât à cette époque; la mort étant une nouvelle cause de préjudice, bien plus grave que la première, la partie lésée avait le droit d'agir, sans qu'on pût lui opposer l'exception de transaction (1).

Une contestation s'élève entre le bailleur et le preneur d'un moulin sur les réparations de menu entretien à faire aux canaux et cours d'eau. Deux transactions intervinrent entre les parties en 1825 et en 1826. Plus tard de nouvelles difficultés donnèrent lieu à un nouveau procès. Le locataire prétendit que les transactions avaient mis ces réparations à la charge du bailleur; celui-ci répondit qu'il avait transigé sur les réparations qui faisaient l'objet du différend, et non sur les réparations à venir. Il y avait un motif de douter. Au fond c'était toujours la même difficulté qui se présentait; les parties auraient donc pu transiger sur la question de droit, mais elles ne l'avaient pas fait; aucune clause des deux transactions n'imposait au bailleur l'obligation de supporter toutes les réparations qui surviendraient pendant le cours du bail. Il fallait donc appliquer le principe de l'interprétation restrictive des transactions (2).

391. L'interprétation des transactions donne lieu à une question très-délicate, mais qui n'entre pas dans les limites de notre travail. Il est de principe que les juges du fait ont un pouvoir souverain d'interpréter les conventions. Ce pouvoir s'étend-il aux transactions? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, car les transactions sont des contrats. Qu'importe que la loi leur donne l'autorité de la chose jugée? Cela n'empêche pas qu'elles soient des conventions dont l'étendue et la portée doivent être déterminées d'après l'intention des parties contractantes; et s'il y a une question

(1) Aix, 29 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Transactions*, n° 100).
(2) Rejet, 24 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 665).

qui soit de fait, c'est bien celle de l'intention que les parties ont eue en contractant (1). Nous empruntons un exemple à un arrêt de la cour de cassation, rendu au rapport du conseiller Mesnard. Une commune se pourvoit en cassation pour violation des articles 2048 et 2049 ; l'arrêt attaqué constatait que la transaction comprenait un marais provenant d'une abbaye, tandis que les parties n'avaient entendu transiger que sur les marais communaux provenant de la maison d'Orléans. La cour de cassation était-elle compétente pour juger ce débat? Non, car en supposant que l'arrêt attaqué eût mal interprété la transaction, il n'en résultait pas qu'il y eût violation d'une loi ; il aurait mal interprété la volonté des parties. Ecoutons le conseiller rapporteur : « Toute l'argumentation du demandeur tend à établir, contrairement à ce qui a été jugé, que la transaction de 1829 ne s'applique pas au marais qui a fait l'objet du procès. Or, nous demandons s'il est dans nos attributions de nous livrer aux mêmes investigations? Apprécierez-vous les titres produits, les plans, les délimitations invoquées, et même les intentions présumées des parties contractantes, pour rechercher si les clauses de l'acte s'appliquent à tel ou à tel marais? L'appréciation des cours d'appel sur ce point n'est-elle pas souveraine? » A notre avis, il suffit de poser ces questions pour les résoudre. Si on les a portées si souvent devant la cour de cassation, c'est que l'on a transformé une question de fait en une question de droit. Les transactions, a-t-on dit, ont l'autorité de la chose jugée; donc il faut leur appliquer les principes qui régissent les jugements. Il suivrait de là que la cour de cassation serait toujours compétente, en matière de transaction, alors même que le débat serait de pur fait, comme dans l'espèce. Et qu'en résulterait-il? Le conseiller Mesnard dit très-bien que la cour de cassation deviendrait un troisième degré de juridiction. Est-ce là ce que dit l'article 2052? Transforme-t-il un contrat en jugement? Le texte même du code résiste à une pareille interprétation; nous

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 665 et suiv., notes 10 et 11, § 421. Pont, t. II, p. 336, n[os] 646-648.

l'avons déjà dit et nous y reviendrons, il y a des différences essentielles entre les transactions et les jugements, et ces différences découlent d'un seul et même principe, à savoir que la transaction est un contrat intervenu entre des particuliers, sans aucun caractère public, tandis que les jugements sont l'œuvre d'un pouvoir, de la souveraineté exercée par l'autorité judiciaire. Cette différence capitale est décisive quand il s'agit de la compétence de la cour de cassation; en matière de transactions, elle n'a d'autres attributions qu'en matière de contrats en général.

Est-ce à dire que la cour de cassation ne soit jamais compétente en matière de transactions? La question n'a point de sens et le prétendu conflit qui existerait à cet égard entre la chambre des requêtes et la chambre civile, est également imaginaire. Si la chambre des requêtes était d'avis qu'il n'y a jamais ouverture à cassation en matière de transactions, elle rejetterait tous les pourvois, et, par suite, la chambre civile n'aurait jamais été saisie de la difficulté. A vrai dire, la chambre des requêtes n'a pas entendu nier, d'une manière absolue, la compétence de la cour de cassation. Le conseiller Mesnard nous dira dans quels cas la cour peut recevoir le pourvoi et casser : si les juges du fait se trompaient sur les véritables caractères d'une transaction, soit en les admettant où ils n'existent point, soit en les méconnaissant là où ils se rencontrent, leur erreur serait une erreur de droit qui tomberait sous la censure de la cour de cassation. Il en est de même si, dans l'appréciation des conséquences légales d'une transaction, ils s'écartaient des dispositions de la loi qui les a déterminées; ici encore il y aurait violation de la loi, et, partant, ouverture à cassation. Mais, ajoute le rapporteur, toutes les fois que les premiers juges se seront bornés à apprécier un fait d'après les documents fournis et l'intention présumée des parties, leur appréciation sera souveraine, parce qu'elle ne viole la loi en aucun point.

L'arrêt rendu par la chambre des requêtes sur ce rapport consacre le droit d'interprétation des juges du fait, ainsi que le droit de la cour de cassation de réformer les arrêts qui, sous couleur d'interprétation, méconnaîtraient

les caractères légaux de la transaction, ainsi que les conséquences légales de ce contrat (1).

392. Nous citerons encore une espèce dans laquelle la chambre civile a cassé un arrêt qui avait annulé une transaction en se fondant sur l'article 2048. Un jeune cultivateur mourut à l'âge de 22 ans, après avoir légué tous ses biens à son oncle par alliance qui avait été son tuteur. Le testament fut attaqué par la sœur du défunt, comme n'étant pas l'expression de la libre volonté du testateur, que celui-ci était dans l'impossibilité de manifester, vu son état maladif. Avant que l'instance fût définitivement engagée, une transaction intervint. Les termes de l'acte étaient généraux; les époux qui avaient attaqué le testament déclaraient qu'ils s'interdisaient tous les moyens de poursuivre une instance contre le légataire, à raison du testament, quelles que fussent les causes de nullité qu'ils *avaient pu* et *pourraient* invoquer par la suite. A peine la transaction avait-elle été exécutée qu'elle fut attaquée par le motif que le testateur n'avait pu disposer au profit de celui qui avait été son tuteur, sans qu'aucun compte eût été rendu. L'action en nullité, rejetée par le tribunal de première instance, fut admise par la cour de Besançon, par application de l'article 2048. Quelque généraux que fussent les termes de la transaction, dit la cour, on ne pouvait les appliquer à une cause de nullité qui n'avait pas été prévue. Pourvoi en cassation admis par la chambre des requêtes. La chambre civile cassa l'arrêt attaqué. Elle pose en principe que la transaction sur un testament est renfermée dans son objet quand on l'applique, non-seulement à telle ou telle cause de nullité du testament, mais à toutes les causes qui auraient pu en empêcher l'exécution. Puis la cour constate, d'après l'arrêt attaqué, que les défendeurs en cassation savaient que le légataire avait été tuteur du testateur. Dès lors les termes généraux de la transaction comprenaient la cause de nullité de l'article 907 aussi bien que les autres causes, quoique l'article 907 n'eût pas encore été invoqué. Cette fausse interprétation de la convention était-elle aussi

(1) Rejet, 20 juin 1842 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 133).

une violation de la loi? Oui, car elle limitait les effets de la renonciation par une fausse application de l'article 2048; elle violait l'article 2044 qui autorise les transactions sur les contestations à venir, et les termes de la transaction se rapportaient à l'avenir; enfin la cour avait violé l'article 2052, en refusant de donner effet à une transaction que la loi met sur la même ligne que la chose jugée (1).

§ III. *La transaction est-elle déclarative ou translative de droit?*

393. Les conventions sont translatives de propriété, tandis que les jugements ne font que déclarer quel a toujours été le droit des parties, ils ne leur attribuent aucun droit nouveau. Faut-il, sous ce rapport, assimiler la transaction aux conventions ou aux jugements? L'opinion générale est que la transaction est simplement déclarative des droits qui faisaient l'objet de la contestation; cela résulte de la nature même de la transaction. Si je revendique un fonds détenu par Paul, et si nous transigeons, la transaction est censée équivaloir à un jugement; si, par la transaction, Paul conserve la propriété d'une partie du fonds et qu'il m'abandonne l'autre, c'est comme si le juge avait décidé que nous avons toujours été, Paul et moi, propriétaires de la partie du fonds qui nous est reconnue par la transaction. Toutefois cette assimilation de la transaction à un jugement est une fiction plutôt qu'une réalité; ceux qui transigent sacrifient une partie de leurs prétentions, c'est-à-dire de ce qu'elles regardent comme leurs droits; le juge, au contraire, ne procède pas par voie de sacrifice; il procède par le droit, de sorte que dans le cas d'une revendication, il aurait adjugé le fonds à l'une des parties, soit à Paul, soit à moi, et l'autre partie n'aurait rien obtenu. On ne peut donc pas appliquer à la transaction ce qui n'est vrai que du jugement proprement

(1) Cassation, 19 novembre 1851, sur les conclusions contraires de l'avocat général Nicias-Gaillard (Dalloz, 1851, 1, 321).



dit. Si néanmoins on admet que la transaction est déclarative de droit, c'est parce que telle est l'intention des parties contractantes. Quand une transaction me reconnaît la propriété d'une partie du fonds que je revendiquais contre Paul, je n'entends pas reconnaître que j'acquiers cette propriété comme si je l'achetais, je prétends avoir été propriétaire de tout le fonds, et si je me contente d'une partie, c'est pour éviter les ennuis et les frais d'un procès; ma prétention est donc d'avoir toujours été propriétaire de la partie du fonds qui m'est délaissée. Et la prétention de Paul est la même; il soutient aussi qu'il était propriétaire de tout le fonds, à plus forte raison soutient-il qu'il a toujours eu la propriété de la partie du fonds qu'il conserve. Ainsi, il résulte de l'intention des contractants que la transaction ne donne à aucun des deux un droit nouveau; donc elle ne forme pas un titre d'acquisition. En effet, quel est, d'après la définition de la transaction, l'objet de ce contrat? C'est de mettre fin à une contestation.

C'est le mot de Dumoulin : *Nullum dominium transfertur, nec novum jus, nec novus titulus in re acquiritur, sed sola liberatio controversiæ.* D'Argentré, qui ne s'accordait sur rien avec Dumoulin, était, sur ce point, du même avis. Leur autorité mit fin à la controverse qui régnait dans l'ancien droit français. Pothier n'a fait que résumer la doctrine de ces grands jurisconsultes (1). Toutefois la controverse s'est renouvelée, dans les temps modernes, en droit fiscal et sur le terrain du droit civil. Nous reviendrons sur les prétentions du fisc. Les objections que l'on fait, en droit, contre la doctrine traditionnelle ont peu de valeur (2). Toute transaction, dit-on, contient un sacrifice, c'est-à-dire une renonciation, donc une aliénation. Il est vrai que le mot de *renonciation* se trouve dans la loi (art. 2048); et cette renonciation implique une disposition, puisque l'arti-

(1) Dumoulin, *Coutume de Paris*, titre *des Fiefs*, § 33, glose 1, n° 67. D'Argentré, *Coutume de Bretagne*, art. 266, chap. III (*De titulo pro transacto*). Pothier, *Des retraits*, n° 110; *De la communauté*, n° 164; *De la vente*, n° 646. Comparez Pont, t. II, p. 318, n° 631, et les dissertations citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 668, note 17, § 421.

(2) Mourlon, *Revue pratique*, t. III, p. 321 suiv. Accarias, *des Transactions*, n°s 143 et suiv.

cle 2045 dit que pour transiger on doit avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Malgré cela, il est vrai de dire que la transaction ne transfère pas la propriété. Les contrats translatifs de propriété exigent le concours de consentement des deux parties contractantes; or, ce concours de volontés n'existe pas en matière de transaction. Je me désiste d'une partie de mes prétentions; je revendiquais tout le fonds, je me contente du tiers: est-ce que la renonciation aux deux tiers du fonds implique une aliénation de ces deux tiers? On s'exprime très-mal en disant que par la transaction je renonce aux deux tiers du fonds; il faut dire que je renonce aux deux tiers de mes prétentions, ce qui est bien différent. Paul, contre lequel je revendique, accepte ma renonciation à une partie de mes prétentions; il n'accepte pas la renonciation à une partie du fonds, car il entend avoir été toujours propriétaire de cette partie; donc il n'y a aucun concours de volontés pour la translation de la propriété (1). Il faut toujours en revenir au mot de Dumoulin : il y a concours de consentement pour mettre fin à la contestation, il n'y a pas concours de consentement pour transférer la propriété.

394. Il y a cependant des cas où la transaction contient une translation de propriété, sans que l'on puisse en induire que la transaction est translative des droits qui y sont compris. La transaction a essentiellement pour objet des droits douteux, litigieux; et, quant à ces droits, elle n'est jamais translative de propriété. Mais si les parties y font entrer un droit certain, lequel, par leur volonté, passe d'une tête sur l'autre, il y a certes transport de propriété; mais ce n'est pas par la transaction proprement dite, car il ne saurait y avoir de transaction sur un droit certain. Sur une action en revendication d'un fonds, nous transigeons, à la condition que vous me céderez telle maison dont vous êtes propriétaire; il y a, dans ce cas, translation de propriété de la maison; mais ce transport n'est pas l'effet de la transaction, car le droit de propriété de la maison ne faisait pas l'objet de notre différend, nous ne transigeons

(1) Troplong, *Des transactions*, n° 7.

pas sur ce droit; donc ce n'est pas en vertu de la transaction qu'il change de main, c'est en vertu d'un concours de volontés qui se joint à la transaction, mais qui n'est pas la transaction. A plus forte raison y aura-t-il translation de propriété si l'acte dit que l'une des parties reconnaît que la chose litigieuse appartient à l'autre, et que celle-ci la lui cède pour une certaine somme; mais cette convention, dit Pothier, ne serait pas une transaction, ce serait un vrai contrat de vente (1). Dès qu'il y a une convention sur un droit certain, il n'y a plus de transaction; cette convention peut être translative de propriété, sans qu'il en résulte que la transaction soit translative de droits (2).

395. Le principe que la transaction est simplement déclarative de droits conduit à des conséquences très-importantes. D'abord la transaction ne peut pas être invoquée comme un juste titre en matière de prescription; en effet, il n'y a de juste titre que celui qui, par sa nature, aurait transféré la propriété, si celui de qui il émane avait été propriétaire. La transaction n'est donc jamais un juste titre. Il en est autrement quand la transaction comprend une translation de propriété; on rentre alors dans le droit commun; ce n'est pas la transaction, comme telle, qui sera le juste titre, c'est la convention translative de propriété (3).

396. Il y a une seconde conséquence tout aussi certaine : la transaction ne donne pas lieu à garantie. Il suffit de se rappeler l'objet de la transaction pour s'en convaincre. Elle met fin à la contestation; du reste, chacune des parties conserve les droits qu'elle prétendait avoir, amoindris seulement par les concessions qu'elle a été obligée de faire; il ne peut donc être question de garantie (4). C'est l'opinion générale. Cependant, si l'on s'en tenait à la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, il faudrait décider le contraire. Le projet consacrait la doctrine traditionnelle en ces termes : « Il n'y a point lieu à la garantie des ob-

(1) Pothier, *De la vente*, n° 647.
(2) Pont, t. II, p. 320. n° 632.
(3) Voyez les auteurs cités par Pont, t. II, p. 329, n° 638, et par Aubry et Rau, t. IV, p. 668, note 19, § 421.
(4) Pothier, *De la vente*, n° 646.

jets auxquels chaque partie prétendait avoir des droits dont elle s'est désistée en faveur de l'autre, lors même que ce désistement aurait été consenti moyennant une somme. » Cette disposition parut injuste au premier consul, et Berlier eut tort d'approuver cette critique; par suite, la disposition fut supprimée. Ainsi le conseil d'Etat, s'associant à cette manière de voir, admettait qu'il y avait lieu à la garantie; n'y a-t-il pas là une décision formelle que l'interprète est forcé d'accepter? Non, dit-on, parce que le conseil d'Etat n'a point sanctionné la proposition contraire, il n'a pas remplacé la disposition du projet par une disposition nouvelle. Cela est vrai; mais rejeter un article qui dit qu'il n'y a pas lieu à garantie, n'est-ce pas décider que la garantie est due (1)? Néanmoins nous n'avons aucun scrupule à nous ranger du côté de l'opinion générale, parce que nous ne reconnaissons pas aux discussions du conseil d'Etat l'autorité que d'ordinaire on leur attribue. Mais on voit que lorsque la discussion gêne les auteurs, ils n'en tiennent pas grand compte.

397. Une troisième conséquence du même principe est que la transaction n'est pas soumise à la transcription, quand même elle porte sur des droits réels immobiliers. Si l'on admet le principe, la conséquence est certaine, puisque notre loi n'ordonne la transcription que des actes *translatifs* de droits réels immobiliers; il est vrai qu'elle ajoute les actes *déclaratifs*, mais cette disposition concerne les partages et n'a rien de commun avec la transaction. On s'est encore prévalu de la disposition des lois nouvelles qui assujettissent à la transcription les actes de renonciation à des droits réels immobiliers; mais par là les lois entendent des renonciations qui entraînent une transmission de propriété, donc les transactions n'y sont pas comprises; la renonciation de ceux qui transigent n'a pour objet que leurs prétentions respectives, afin de terminer le différend qui les divise; du reste, chacune conserve les droits qu'elle avait. Cela est vrai; toutefois il eût été utile de prescrire

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 660, note 18, § 421, et Pont, t. II, p. 331, n° 630.

la publicité des transactions, les tiers étant toujours intéressés à savoir si celui qui avait des prétentions à la propriété d'un immeuble les a abdiquées; tous les actes qui concernent la situation immobilière d'un propriétaire devraient être rendus publics. Mais les lois nouvelles ne consacrent pas le principe dans ces termes absolus; il faut donc s'en tenir au texte et aux principes (1).

398. Nous arrivons à une conséquence très-controversée et d'une grande importance pratique. Est-ce que, au point de vue des droits d'enregistrement, la transaction est un acte translatif de propriété? La loi du 22 frimaire an VII a consacré la doctrine traditionnelle; en principe, elle ne considère pas la transaction comme un acte translatif, voilà pourquoi elle ne la soumet qu'à un droit fixe d'un franc; c'est seulement quand l'une des parties fait à l'autre l'abandon d'un droit non litigieux que l'article 68, § 1er, n° 45, exige un droit proportionnel. C'est l'application, au droit fiscal, de la doctrine de Dumoulin. Mais la régie française a singulièrement restreint l'application du droit fixe, à ce point que le droit fixe, qui devait être la règle, devient une rare exception. D'abord la régie soumet la transaction au droit proportionnel lorsqu'elle a opéré quelque changement dans la possession, ou dans les droits apparents des parties. C'est ressusciter une vieille distinction que Dumoulin et D'Argentré avaient combattue et qui avait été abandonnée; la loi de frimaire n'en parle pas. Cependant nous comprenons les exigences du fisc; la régie s'en tient à la réalité des choses, tandis que le droit civil repose sur une fiction. Je revendique un fonds possédé par Paul; la transaction me l'attribue moyennant une concession que je fais à Paul. Rien n'est changé, dit Dumoulin, il n'y a qu'une contestation qui soit terminée. Oui, d'après la subtilité du droit; mais, en fait, il y a un changement; moi, qui, en apparence, n'étais pas propriétaire, je le deviens. Ce changement dans l'état de possession ne doit-il pas entraîner la perception d'un impôt? C'est la prétention de la régie. En théorie,

(1) Pont, t. II, p. 332, nos 641 et 642. Aubry et Rau, t. IV, p. 669, note 20, § 421, et les auteurs en sens contraire qui y sont cités.

elle est très-soutenable; mais nous ne voyons pas comment elle se concilie avec les principes de droit civil, qui sont ceux de Dumoulin et que la loi de frimaire a reproduits.

Les prétentions de la régie, sur ce point, sont repoussées par une jurisprudence constante, mais la cour de cassation lui a donné raison par un arrêt rendu, chambres réunies, dans une question spéciale, d'une application fréquente. Une transaction intervient entre un légataire universel saisi et l'héritier légitime qui attaque le testament; le légataire abandonne une portion de la succession à l'héritier, moyennant quoi celui-ci renonce à son action en nullité. La cour de cassation a jugé que cet abandon constituait, à l'égard du fisc, un acte translatif de propriété. En principe, la cour reconnaît que les transactions ont, entre les parties, un caractère simplement déclaratif; mais elle ajoute qu'il n'en est *pas nécessairement* de même à l'égard de l'administration de l'enregistrement (1). Ici nous avons une réserve à faire au nom du droit civil. La transaction peut sans doute contenir une transmission de propriété (n° 394); nous en avons donné des exemples, et cela n'a jamais été contesté; dans ce cas, le fisc et le droit civil sont d'accord; mais quand, d'après le droit civil, la transaction est simplement déclarative, nous ne comprenons pas qu'elle soit translative d'après le droit fiscal; il n'y a pas deux droits civils, il n'y en a qu'un; quant à la loi de frimaire, elle ne définit pas les conventions, elle les tarife, et elle les tarife d'après le droit civil; quand donc le droit civil dit qu'il n'y a pas de transport de propriété, le droit fiscal ne peut pas dire qu'il y a transport.

399. La transaction peut contenir d'autres dispositions qu'une simple déclaration des droits incertains sur lesquels les parties ont transigé. Dans ce cas, on applique encore, en matière fiscale, les principes de droit civil que nous venons d'établir (n° 394). Il y a un arrêt de la cour de Gand en ce sens. Un testament institue les hospices légataires universels. Ce testament est attaqué par le frère du

(1) Arrêt, chambres réunies, 12 décembre 1865 (Dalloz, 1865, 1, 457). Comparez, en sens contraire, Pont, t. IV, p. 325, n° 636.



défunt. Une transaction intervient entre l'héritier légitime et le légataire. Le premier *retient,* à titre d'héritier légal, certains biens de la succession, moyennant reconnaissance de sa part, envers les hospices, d'une obligation au capital de 100,000 francs, valeur desdits biens, exigible à son décès et productive, jusque-là, d'un intérêt de 3 pour 100, Quels étaient les droits à percevoir? Il y avait une transaction sur des droits douteux, les droits découlant du testament sur lesquels portait la contestation et, par suite, la transaction. Or, la transaction sur des droits incertains est déclarative des droits réciproquement consentis; ce caractère de la transaction, dit la cour, admis par l'ancien droit, lui a été maintenu par le code civil comme par la loi fiscale. La cour en conclut que l'héritier légitime est censé avoir recueilli directement, en vertu de son titre d'héritier *ab intestat,* les biens qui lui ont été réservés, de même que les hospices tiennent directement du défunt le surplus de la succession. Mais fallait-il comprendre parmi ces droits douteux régis par la loi des transactions la reconnaissance de la somme de 100,000 francs souscrite par l'héritier légitime au profit des hospices? Non, dit la cour; cette somme a été souscrite par l'héritier légitime, sur ses biens personnels, pour déterminer les hospices à accepter la transaction. Cette clause de la transaction n'est donc pas déclarative, elle est translative, comme toute obligation de somme. La régie objectait, et l'objection est spécieuse, qu'aux termes mêmes de la transaction, l'obligation de 100,000 francs était une compensation des biens que les hospices abandonnaient à l'héritier légitime; et elle en concluait qu'il fallait assimiler ladite obligation à un legs d'une somme d'argent non existante dans la succession. C'était se prévaloir du principe que la transaction est déclarative contre les parties dans l'intérêt desquelles le principe a été consacré par la loi de frimaire. La conséquence n'était pas admissible, et elle témoignait contre la prétention d'où elle découlait. Par application des principes rappelés par la cour, elle régla la perception des droits comme suit : en vertu de la loi sur les droits de succession, 6,50 pour 100, additionnels compris, sur la valeur de tous les biens retenus par

l'héritier légitime, et 13 pour 100 sur la valeur du surplus des biens recueillis par les hospices. Quant à l'obligation de 100,000 francs, étrangère à la succession, l'arrêt la soumet au droit proportionnel de 1 pour 100, en vertu de la loi de frimaire (1).

§ IV. *De l'indivisibilité des transactions.*

400. Il est de principe que les transactions sont indivisibles, en ce sens que, s'il y a plusieurs chefs de contestation, elles ne peuvent être annulées pour partie et maintenues pour partie. Le code ne formule pas le principe, mais il en consacre une application (art. 2057), sur laquelle nous reviendrons; et l'orateur du gouvernement a reconnu le principe dans l'Exposé des motifs (2). Il serait peut-être plus exact de dire qu'il n'y a pas de principe absolu, soit en faveur de la divisibilité, soit en faveur de l'indivisibilité; tout dépend de l'intention des parties contractantes. Quand donc on dit qu'en règle générale les transactions sont indivisibles, cela suppose que la loi présume que telle est l'intention des parties contractantes; or, la loi ne présume rien, puisqu'elle ne pose pas le principe de l'indivisibilité. Mieux vaut s'en tenir à l'intention des parties. En fait, leur intention sera d'ordinaire que les diverses parties de la transaction ne soient pas scindées; mais, comme la loi n'établit aucune présomption à cet égard, on reste sous l'empire du droit commun : celui qui demandera que la transaction soit divisée sera admis à prouver qu'elle est divisible, sauf à l'autre partie à faire la preuve contraire (3).

401. Comme l'indivisibilité est une question de volonté, il appartient aux tribunaux de décider si la transaction peut ou non être divisée. La cour de cassation a jugé que cette appréciation est souveraine, et l'avocat général a très-bien dit qu'aucune loi ne déclarant les transactions indivisibles, les tribunaux avaient par cela même le droit de

(1) Gand, 12 février 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 99).
(2) Pont, t. II, p. 334, nos 643, 644. Aubry et Rau, t. IV, p. 666 et notes 12 et 13, § 421.
(3) Comparez Rejet, 26 avril 1875 (Dalloz, 1875, 1. 474)

scinder la transaction lorsqu'elle renferme des conventions distinctes par leur cause et par leur objet; or, la question de savoir si les clauses sont distinctes et si elles peuvent être scindées dépend uniquement de l'intention des parties contractantes; ce qui réduit la difficulté à une question de fait (1).

402. Tous les auteurs remarquent qu'il y a, sous le rapport de l'indivisibilité des diverses parties d'une transaction, une différence entre la transaction et le jugement. D'après ce que nous venons de dire, la différence n'est pas aussi essentielle qu'on le dit, les transactions pouvant être divisibles aussi bien que les jugements.

CHAPITRE III.

DE LA NULLITÉ DES TRANSACTIONS.

§ Ier. *Des causes de nullité.*

403. L'orateur du gouvernement rattache la matière des nullités au principe de l'irrévocabilité des transactions. Les transactions, dit-il, ayant, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, il s'ensuit que les transactions, comme les jugements, ne peuvent être attaquées à raison des dispositions par lesquelles les parties ont terminé leurs différends (2). Nous croyons qu'il faut laisser de côté, en cette matière, toute comparaison entre la transaction et le jugement. Le mot même de *nullité* ou de *rescision* dont la loi se sert le prouve : on agit en nullité ou en rescision contre les conventions, on n'agit pas en nullité contre les juge-

(1) Rejet, 9 février 1830, sur les conclusions de Laplagne-Barris (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 162).

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VII. p. 460).

ments. Aussi les causes de nullité que la loi admet sont-elles empruntées au droit commun.

N° 1. DES VICES DE CONSENTEMENT.

404. « La transaction peut être rescindée dans tous les cas où il y a dol ou violence » (art. 2053). C'est le droit commun. Nous renvoyons au titre des *Obligations* en ce qui concerne le principe et les difficultés qui se présentent dans l'application (1).

405. Le code contient plusieurs dispositions sur l'erreur. Aux termes de l'article 2052, les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit. Quelle en est la raison? L'orateur du gouvernement répond qu'en général les erreurs de droit ne s'excusent point. Bigot-Préameneu ne se doutait pas qu'en énonçant cette proposition il commettait une erreur de droit; et si cela arrive à ceux qui ont pris part à la discussion de la loi, et qui sont chargés d'en exposer officiellement les motifs, ne doit-on pas excuser les particuliers qui se trompent sur un point de droit? En réalité, il en est ainsi; nous l'avons dit au titre des *Obligations* : l'erreur de droit vicie le consentement, aussi bien que l'erreur de fait. L'article 2052 consacre donc une exception; nous en demandons la raison. Bigot-Préameneu a encore un autre motif qui ne vaut pas beaucoup plus que le premier : « Dans les jugements, dit-il, auxquels on assimile les transactions, de pareilles erreurs n'ont jamais été mises au nombre des motifs suffisants pour les attaquer (2). » La comparaison tient au faux principe que nous venons de signaler (n° 403) : les causes de nullité des transactions n'ont rien de commun avec les principes qui régissent les jugements.

Puisque l'article 2052 établit une exception spéciale à la transaction, c'est dans la nature particulière de la transaction qu'il en faut chercher la raison. Gillet, l'orateur du Tribunat, s'est placé sur ce terrain; mais l'analogie qu'il

(1) Comparez Pont, t. II, p. 360, n°s 695 et 696.
(2) Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VII, p. 460). Duranton, t. XVIII, p. 481, n° 423, reproduit l'explication erronée de Bigot-Préameneu.

suppose exister entre les jugements et les transactions, en cette matière, l'a aussi égaré; il fait de brillantes antithèses entre les transactions et les jugements, antithèses qui, en définitive, ne nous apprennent rien et que nous croyons inutile de transcrire (1). On en est donc réduit à deviner les motifs pour lesquels l'erreur de droit, qui vicie tous les contrats, ne vicie pas les transactions. Les auteurs disent que les parties qui transigent sur des questions de droit auront eu soin de faire ce que la loi ordonne au tuteur qui veut transiger, c'est-à-dire qu'elles se seront adressées à un jurisconsulte qui les aura éclairées de ses conseils; elles ont donc mauvaise grâce de se plaindre qu'elles aient versé dans une erreur de droit (2). L'explication est loin d'être satisfaisante. Pour qu'il y ait lieu d'attaquer une transaction pour erreur de droit, il faut que l'erreur soit prouvée, et c'est au demandeur en nullité d'en faire la preuve; il va sans dire que, s'il n'administre pas cette preuve, la transaction sera maintenue; mais si réellement il a consenti par erreur, pourquoi ne lui permet-on pas d'invoquer l'erreur de droit aussi bien que l'erreur de fait? Il faut l'avouer, la disposition, telle que les auteurs mêmes de la loi l'expliquent, repose sur un malentendu.

406. La disposition de l'article 2052 concernant l'erreur de droit est empruntée à la tradition; cela explique l'erreur de Bigot-Préameneu et des auteurs qui le suivent: le droit romain n'admettait pas l'erreur de droit comme vice de consentement. Mais le code civil n'a pas reproduit la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait; il aurait donc aussi dû la rejeter en matière de transaction. La cour de cassation a admis, dans un cas spécial, l'erreur de droit comme cause de nullité; il s'agissait d'une erreur générale, et quand l'erreur est générale, on ne peut plus dire que ceux qui transigent auraient dû connaître le droit (3). Cette décision, rendue sur le réquisitoire de Mer-

(1) Gillet, Discours, n° 12 (Locré, t. VII, p. 471).
(2) Pont, t. II, p. 354, n° 681, et les auteurs qu'il cite.
(3) Cassation, 24 mars 1807 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Communaux*, § IV, et au mot *Transactions*, § V, n° 2). Comparez Pont, t. II, p. 356, n° 684.

lin, est dans l'esprit de l'ancien droit, mais on ne pourrait pas l'invoquer pour l'application de l'article 2052; car, dans notre législation, il ne s'agit plus de savoir si l'erreur de droit excuse ou non, elle excuse toujours en principe, sauf qu'en matière de transaction on ne peut pas l'invoquer; et on ne peut pas plus l'invoquer quand elle est générale que quand elle est particulière.

407. « Une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur *dans la personne* ou sur l'*objet de la contestation* » (art. 2053). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur l'erreur dans la personne (n[os] 333 et 334). Qu'entend-on par erreur *sur l'objet?* La loi suppose que cette erreur donne lieu à une action en rescision; ce qui, dans la théorie du code, implique une obligation existante, mais annulable. Or, le code considère l'erreur sur l'objet comme un vice de consentement lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose. C'est donc cette erreur-là que l'article 2053 a en vue quand il parle de l'erreur sur l'objet.

Il y a une erreur sur l'objet qui fait plus que vicier le consentement, elle l'empêche de se former, c'est quand l'erreur porte, non sur une qualité de la chose, mais sur la chose même. Deux personnes ont plusieurs différends; elles se proposent de transiger, mais l'une entend transiger sur tel différend, une autre sur un autre différend. Dans ce cas, il y a absence de consentement, parce qu'il n'y a pas concours de volontés. On ne peut pas dire que cette transaction soit nulle, il faut dire qu'elle est inexistante, et la différence est grande. Nous renvoyons, sur ces principes et sur ces distinctions, au titre des *Obligations*. On a cru que l'article 2053 les rejetait en ce qui concerne l'erreur sur l'objet. Il y a tant d'inexactitudes dans notre titre que tout peut se soutenir. Toutefois, quand il y a moyen de concilier les textes avec les vrais principes, on doit le faire. Or, pour ce qui concerne l'erreur sur l'objet, la chose est facile. En disant que la transaction peut être *rescindée* lorsqu'il y a erreur sur l'objet de la contestation, la loi limite l'expression dont elle se sert; elle exclut le cas où l'erreur empêche le consentement de se former; car, dans ce cas, il n'y a pas lieu à rescinder la transaction, vu

qu'elle n'existe pas; donc, d'après les termes de la loi, il ne peut être question que de l'erreur qui tombe sur une qualité substantielle de la chose. On dira que, ainsi entendu, l'article 2053 est inutile, puisqu'il ne fait que répéter ce qu'a dit l'article 1110. Cela est vrai, mais il y a plus d'une disposition inutile dans notre titre, quoique ce soit un des titres les moins étendus; et notamment, en ce qui concerne les vices de consentement. Où est l'utilité de la deuxième disposition de l'article 2053, portant que la transaction peut être rescindée dans tous les cas où il y a dol ou violence? Voilà également la répétition de ce qu'ont dit les articles 1109, 1111 et 1116. Ce n'est pas une raison pour les interpréter en un sens contraire aux principes (1).

408. Il y a une erreur qui porte sur l'intérêt pécuniaire que les parties ont dans une convention, c'est la lésion. Dans notre droit moderne, la lésion n'est pas considérée comme un vice du consentement, et elle ne donne pas lieu à une action en rescision (art. 1118). La loi ne fait exception à cette règle que dans deux contrats, le partage et la vente, et en faveur de certains incapables, les mineurs. Loin d'admettre une exception pour les transactions, le code dispose formellement que les transactions ne peuvent pas être attaquées pour cause de lésion (art. 2052) : « Il n'y a point, dit l'Exposé des motifs, de contrat à l'égard duquel l'action en lésion soit moins admissible. En effet, la transaction ne peut pas être rangée parmi les contrats commutatifs ordinaires, contrats dans lesquels chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Donc la base manque pour déterminer s'il y a lésion. Tout est incertain dans la transaction, puisqu'elle porte sur un droit douteux. Il y a donc quelque chose d'aléatoire dans les conventions des parties : celle qui aurait obtenu gain de cause perd en transigeant, tandis que l'autre y gagne. Cependant la première ne peut pas se plaindre de ce qu'elle a été lésée, car elle a traité sur l'incertitude du droit, elle a consenti à un sacrifice pour

(1) Voyez, en sens divers, Pont, t. II, p. 362, nos 699 et 700, et les auteurs qu'il cite. Comparez Paris, 7 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 55).



acheter le repos et la paix; en ce sens, elle n'est jamais lésée. Mais, comme les sacrifices laissent toujours un regret et que les parties sont toujours tentées de revenir sur leurs concessions, le législateur a voulu les avertir que l'action en lésion ne serait pas admise. » A la rigueur, cela était inutile à dire, puisque le principe de l'article 1118 suffisait pour rejeter la rescision (1).

409. Le partage est rescindable pour cause de lésion, tandis que la transaction ne l'est point; les copartageants auraient donc intérêt à déguiser un partage sous forme de transaction, afin de le soustraire à l'action en rescision. L'article 888 décide que l'action en rescision est admise si l'acte qualifié de transaction a pour objet de mettre fin à l'indivision entre cohéritiers. Nous avons examiné, au titre des *Successions*, les difficultés auxquelles cette disposition donne lieu.

410. Les mineurs peuvent-ils agir en rescision des transactions par lesquelles ils seraient lésés? Si l'on admet les principes que nous avons enseignés au titre des *Obligations*, la décision est facile. La loi soumet à certaines formes les transactions dans lesquelles des mineurs sont intéressés (art. 467). Si ces formes n'ont pas été observées, la transaction est nulle en la forme (art. 1311); et, par suite, les mineurs pourront en demander la nullité de ce chef, sans être tenus de prouver qu'ils ont été lésés. Mais si toutes les formes légales ont été remplies, le mineur ne peut pas attaquer la transaction, quand même il prétendrait qu'il a été lésé; il n'a que l'action en responsabilité contre son tuteur (2).

411. L'erreur de calcul ne vicie pas le consentement; elle ne donne donc pas lieu à une action en rescision. C'est une simple inadvertance qui doit être corrigée (art. 2058). Il y aurait mauvaise foi de la part des parties à vouloir maintenir une inexactitude qui se trouve en opposition avec les bases mêmes de la transaction; or, toute convention doit être exécutée de bonne foi (art. 1134).

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VII, p. 460).
(2) Comparez, en sens divers, Merlin, *Répertoire*, au mot *Transaction*, § V, n° VIII; Pont, t. II, p. 357, n° 686.

L'orateur du gouvernement prévoit le cas où la transaction aurait pour objet un compte litigieux; si une erreur de calcul a été faite dans l'établissement de ce compte, la transaction pourra-t-elle être attaquée? Non, dit Bigot-Préameneu, ce n'est pas là une simple erreur de chiffres, c'est une erreur dans l'exposition des prétentions sur lesquelles on a transigé. Cette distinction est-elle fondée en raison? Dans toute hypothèse, l'erreur de calcul est une inadvertance; et, dans toute hypothèse, la bonne foi s'oppose à ce que les parties la maintiennent. Il faut donc s'en tenir aux termes généraux et absolus de l'article 2058 (1).

Il s'est présenté une autre difficulté sur l'article 2058. Que faut-il entendre par erreur? Celle que l'une des parties commet dans ses comptes ou dans l'évaluation de ses prétentions, avant qu'il soit question de transiger, tombe-t-elle sous l'application de la loi? Non; en parlant d'erreur, le code prévoit le cas où la transaction serait viciée par l'erreur; il suppose donc que l'erreur de calcul a été commise par les parties en se livrant aux opérations arithmétiques nécessaires pour préparer la transaction, ou pour traduire en chiffres les bases de transaction arrêtées entre elles; la bonne foi exige que ces erreurs soient rectifiées. Il n'en est pas de même des erreurs de calcul qui sont étrangères à l'une des parties et antérieures à la transaction; on ne peut pas prendre en considération un fait inconnu à l'un des contractants, ce serait revenir sur la transaction et violer l'autorité de chose jugée qui y est attachée. Il y a une autre considération qui est décisive. L'erreur dont parle l'article 2058 peut être corrigée par les documents qui ont servi de base à la transaction; tandis que l'erreur antérieure à la transaction ne pourrait être redressée par la convention intervenue entre les parties; dès lors on doit l'écarter. La cour de cassation l'a jugé ainsi, au rapport de M. Rau (2).

(1) Exposé des motifs, n° 16 (Locré, t. VII, p. 462). Pont, t. II, p. 384, n° 739.
(2) Rejet, 16 juin 1875 (Dalloz, 1876, 1, 71).

N° 2. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 2054.

412. L'article 2054 est ainsi conçu : « Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un *titre nul*, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité. » Cette disposition donne lieu à bien des difficultés. D'abord on demande ce qu'il faut entendre par *titre nul*. Le mot *titre* signifie tantôt l'écrit qui est dressé pour constater un fait juridique, tantôt le fait juridique qui engendre des droits et des obligations, la convention ou la disposition testamentaire. Dans l'article 2054, le mot *titre* ne désigne pas l'écrit considéré comme preuve; le texte même du code le prouve. La loi suppose que la transaction a été faite *en exécution* d'un *titre nul*; or, on n'exécute pas un écrit, on exécute la convention ou la disposition constatée par l'acte. Il se peut cependant que la transaction concerne tout ensemble le fait juridique et l'acte, c'est quand il s'agit d'un contrat ou d'un acte solennels, tels que la donation ou le testament; la forme est, dans ces cas, de la substance du fait juridique; de sorte que, nuls en la forme, la donation et le testament n'ont aucune existence légale; la transaction qui se ferait sur l'écrit ou sur l'acte se ferait nécessairement sur le fait juridique, puisqu'il n'y a pas de donation ni de testament sans acte.

Le mot *nul* a aussi un double sens : il signifie d'ordinaire *annulable*, quelquefois il est synonyme d'*inexistant*; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur cette distinction et sur les termes qui la désignent (t. XV, n°s 450-465). Que le titre soit simplement annulable ou qu'il soit inexistant, peu importe, l'article 2054 est applicable dans les deux hypothèses; c'est l'opinion commune, et elle se fonde sur les termes généraux de la loi (1).

413. Quelle est l'hypothèse prévue par l'article 2054? La question est très-controversée. Si l'on s'en tient au texte, il faut dire que la loi prévoit deux hypothèses, une

(1) Pont, t. II, p. 365, n° 702, et les auteurs qu'il cite.

règle générale et une exception. La règle générale est celle-ci : Il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction faite en exécution d'un titre nul; en d'autres termes, est nulle la transaction faite en vertu d'un titre nul. Voici l'exception : Il n'y a pas lieu à l'action en rescision contre une transaction faite en exécution d'un titre nul, lorsque les parties ont traité expressément sur la nullité. Pourquoi la transaction est-elle nulle quand le titre sur lequel elle est intervenue est nul? C'est que la nullité du titre a pour effet qu'il n'y a point de titre; or, quand il n'y a pas de titre, il n'y a pas de droit douteux, litigieux, sur lequel on puisse transiger; donc il ne peut y avoir de transaction. Cela est d'évidence lorsque le titre nul est une convention ou un acte solennel nul en la forme. La transaction se fait en exécution d'une donation ou d'un testament nuls en la forme; il n'y a, dans ce cas, ni donation ni testament; dès lors il n'y a pas de transaction, car on ne transige pas sur le néant. S'il s'agit d'un titre non solennel, mais infecté d'un vice qui le rend nul, le fait juridique existe, à la vérité, jusqu'à ce qu'il ait été annulé, et jusque-là la transaction existera aussi; mais si le titre est annulé, il est considéré comme n'ayant jamais existé; donc la transaction doit tomber avec le titre. En ce sens, l'article 2054 dit qu'il y a lieu à l'action en rescision de la transaction faite sur un titre nul; il eût été plus exact de dire que l'inexistence du titre entraîne l'inexistence de la transaction, et que la nullité du titre a pour effet de rendre la transaction nulle, c'est-à-dire annulable.

Quant à l'exception prévue par l'article 2054, elle suppose que les parties ont expressément traité sur la nullité; dans ce cas, la transaction est valable, malgré la nullité du titre : pourquoi? Parce que la question de savoir si un titre est inexistant ou nul aura paru douteuse aux parties intéressées, comme elle l'est très-souvent; ce doute pouvait donner lieu à une contestation; les parties la préviennent en transigeant. Mais, pour que cette exception soit applicable, la loi veut que les parties aient *expressément* traité sur la nullité. De là suit que si la transaction ne porte pas que les parties ont transigé sur la nullité, elle sera nulle.

En effet, on ne se trouve plus dans l'exception ; on rentre, par conséquent, dans la règle, et la règle est que la nullité du titre entraîne la nullité de la transaction.

414. Telle est l'interprétation littérale de l'article 2054. Est-elle en harmonie avec l'esprit de la loi? Est-ce là ce que le législateur a voulu dire? Ce qu'il dit est si clair, qu'il est difficile de croire qu'il ait entendu dire autre chose que ce qu'il a dit. Voici l'explication donnée par Bigot-Préameneu : « Lorsqu'un titre est nul, il ne peut en résulter aucune action pour son exécution. » Cela est évident quand le titre est inexistant, car un titre pareil ne produit aucun effet. Cela est encore vrai quand le titre est simplement nul ; car, quoique ce titre donne lieu à une action, l'action peut être repoussée par l'exception de nullité. L'orateur du gouvernement continue : « Lors même que, dans un titre nul, il y aurait des dispositions obscures, elles ne pourraient faire naître de *contestation douteuse,* puisque celui contre qui on voudrait exercer l'action aurait, dans la nullité, un moyen certain d'en être déchargé. » Ainsi, d'après l'Exposé des motifs, la transaction est nulle lorsque le titre est nul, parce qu'il n'y a plus de droit douteux sur lequel on puisse transiger, la nullité du titre entraînant la nullité des droits qui en résultaient. C'est bien là le sens littéral de la loi tel que nous venons de l'établir (n° 409). En principe, la nullité du titre annule la transaction. Il y a exception lorsque les parties ont expressément traité sur la nullité ; il faut donc, telle est la conclusion de l'Exposé des motifs, pour que, dans ce cas, la transaction soit valable, que les parties aient expressément traité sur la nullité (1). Dans toute autre hypothèse, la transaction est nulle.

415. Si tel est le sens de la loi, il est facile de répondre à la question qui divise les auteurs : la transaction, dans le cas prévu par l'article 2054, est-elle nulle pour défaut de cause ou pour erreur? La cause est le motif juridique qui porte les parties à contracter ; dans les contrats synallagmatiques, la cause se confond avec l'objet ; l'objet de la transaction, c'est le droit douteux qui a donné lieu ou

(1) Bigot Préameneu, Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. VII, p. 461.

qui pourrait donner lieu à une contestation que les parties veulent terminer ou prévenir; là où il n'y a pas de droit douteux, il n'y a pas de matière à transaction, ni, par conséquent, de cause. Or, quand le titre est nul, il n'y a pas de droit, puisque le droit tombe par l'annulation du titre; donc il n'y a ni objet ni cause. C'est ce que l'Exposé des motifs vient de nous dire en d'autres termes, et l'orateur du Tribunat le dit en toutes lettres : « Si la transaction n'est que l'exécution d'un titre nul, il ne peut pas y avoir de transaction, parce qu'il ne peut plus y avoir de doute. La convention manque de cause, à moins que les difficultés élevées sur la transaction même n'en aient été l'objet (1).

Il y a une objection de théorie contre cette interprétation. Le défaut de cause rend la convention inexistante, et une convention inexistante ne donne pas lieu à une action en nullité, puisqu'on ne peut pas demander la nullité du néant; or, l'article 2054 parle d'une action en rescision; ce qui implique que la convention existe et qu'elle est seulement entachée de nullité. Au point de vue des vrais principes, l'objection serait décisive; mais le langage et les idées des auteurs du code, en matière de nullité et d'inexistence des actes, sont si défectueux et si obscurs, qu'il est impossible d'interpréter l'article 2054, en tenant compte de cette distinction. Il faut donc la laisser de côté et décider, avec le texte, que la nullité du titre donne seulement lieu à une action en rescision.

416. L'interprétation de l'article 2054, telle que nous venons de la proposer d'après le texte et d'après les travaux préparatoires, est généralement rejetée. Aubry et Rau, qui l'avaient admise dans leurs premières éditions, l'ont abandonnée dans la dernière (2). Il nous faut donc dire quel est le sens que, dans l'opinion commune, on donne à la loi. C'est, dit-on, l'application des principes qui régissent l'erreur. La transaction est nulle, en principe, quand elle est faite sur un titre nul, parce que les parties sont présumées avoir traité dans l'ignorance où elles étaient de

(1) Gillet, Discours, n° 8 (Locré, t. VII, p. 471).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 671, note 5, § 422. Pont, t. II, p. 365, n.os 705-707.



la nullité. Elle est valable, par exception, quand les parties ont expressément transigé sur la nullité, parce que, dans ce cas, il est certain qu'elles ont eu connaissance de la nul lité. Mais les parties peuvent aussi avoir eu connaissance de la nullité sans traiter expressément sur la nullité; est-ce que, dans ce cas, la transaction sera aussi valable? C'est l'intérêt pratique du débat; pour le faire mieux saisir, nous donnerons l'exemple que l'on cite dans l'opinion contraire.

L'héritier légitime transige avec le légataire sur le testament en vertu duquel celui-ci agit. S'il traite dans l'ignorance où il est de la nullité du titre, la transaction sera nulle pour cause d'erreur; c'est le cas prévu par le commencement de l'article 2054. Mais si les parties avaient connaissance de la nullité, la transaction sera valable, quoique les parties n'aient pas déclaré traiter sur la nullité, parce que, dans ce cas, il n'y a pas erreur, et c'est l'erreur seule qui vicie la transaction. A notre avis, la transaction serait nulle, dans cette hypothèse, pour défaut de cause, parce qu'il n'y aurait aucun droit douteux qui pût faire l'objet d'une transaction. Les raisons que l'on donne à l'appui de l'opinion contraire confirment notre manière de voir. Les parties transigent sur un titre dont elles connaissent la nullité, sans néanmoins traiter sur la nullité : quelle sera la cause de cette transaction? On répond que l'héritier légitime peut être déterminé par le désir de satisfaire à une obligation naturelle, ou pour obéir à un sentiment d'équité, d'honneur ou de délicatesse. Nous demanderons si ces sentiments et ces mobiles rendent le droit douteux. Ils impliquent, au contraire, qu'il n'y a point de droit. Et peut-on transiger alors qu'il n'y a point de droit douteux?

On objecte que, dans notre interprétation, l'article 2054 déroge aux articles 1338 et 1340, dérogation sans raison. L'article 1338 prévoit le cas de confirmation d'une obligation nulle; la confirmation n'est valable que si les parties avaient connaissance, en confirmant, du vice qui entachait l'obligation; s'ils l'ignoraient, la confirmation est nulle; tandis que, dans notre opinion, la transaction serait tou-

jours nulle, alors même que les parties auraient eu connaissance du vice. Cette espèce de contradiction entre l'article 1338 et l'article 2054 est un des motifs pour lesquels Aubry et Rau ont changé d'avis. Il nous semble que l'on a tort de chercher une antinomie entre des dispositions qui n'ont rien de commun; la confirmation n'est pas une transaction, et la transaction n'est pas une confirmation. Celui qui confirme un acte nul renonce au droit qu'il avait d'en demander la nullité; il ne transige pas, car la confirmation est un acte unilatéral; il avait une action en nullité, il y renonce. Celui qui transige fait un sacrifice d'une partie de ses droits, en échange d'un sacrifice analogue que lui fait la partie adverse; il ne se mêle à la transaction aucune idée de confirmation; la seule chose que les parties veulent, c'est de mettre fin à la contestation qui les divise ou qui menace de les diviser. Il peut y avoir transaction sur un acte inexistant, l'article 2054 le dit implicitement; tandis qu'il est de principe que l'on ne confirme pas ce qui n'existe point. Puisqu'il n'y a aucune analogie entre la confirmation et la transaction, l'on ne peut pas dire que l'article 2054, interprété comme nous le faisons, déroge à l'article 1338. Quant à l'article 1340, on ferait bien de le laisser hors du débat, car c'est une disposition tellement anormale, que l'on ne parvient pas à en donner une bonne raison.

417. Dans l'opinion générale, la transaction fondée sur un titre nul est sujette à rescision, par le motif que le consentement des parties est vicié par l'erreur. De là une nouvelle difficulté; si l'erreur porte sur le droit, pourra-t-elle être invoquée comme cause de nullité? Cette question a divisé deux éminents magistrats, Daniels et Merlin. Daniels a soutenu que l'article 2054 devait être restreint par l'article 2052, aux termes duquel les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit (1). Merlin répond que l'article 2054 est conçu en termes aussi généraux que l'article 2052; et il en conclut que la transaction sera nulle si elle est fondée sur un titre nul, quand même

(1) Les conclusions de Daniels sont rapportées dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Transaction*, § V, n° IV [1] (t. XXXIV, p. 374).

les parties auraient été dans une erreur de droit (1). Il est à remarquer que Merlin admet, aussi bien que Daniels, que la nullité de l'article 2054 est fondée sur l'erreur. S'il en est ainsi, Daniels a raison contre Merlin, et c'est aussi son opinion qui l'a emporté dans la jurisprudence; il est impossible que l'article 2054 permette d'attaquer la transaction pour erreur de droit, alors que l'article 2052 dit que l'erreur de droit ne vicie pas les transactions; il faut donc interpréter l'article 2054 par l'article 2052 (2).

Dans notre opinion, Merlin a raison au fond, mais il a tort d'accepter le point de départ de l'opinion générale, c'est-à-dire le sens que l'on donne à l'article 2054. Si, comme on le dit et comme Merlin l'admet, la transaction est nulle pour cause d'erreur dans le cas prévu par l'article 2054, il faut être conséquent et interpréter l'article 2054 par l'article 2052. A notre avis, la transaction de l'article 2054 est nulle pour défaut de cause; ce qui rend l'article 2052 inapplicable. Que les parties se soient trompées en droit ou en fait, qu'importe? Ce qui rend la transaction nulle, c'est qu'il n'existe pas de droit douteux sur lequel on puisse transiger; et dès qu'il n'y a pas de droit douteux, il ne saurait y avoir de transaction (3).

N° 3. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 2055.

418. « La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle » (art. 2055). Pourquoi la transaction est-elle nulle? On suppose que le fait juridique sur lequel les parties ont transigé était constaté par des actes que les parties croyaient vrais et qui ont été ensuite reconnus faux. Cela implique que le fait juridique n'existait point; et, le faux étant reconnu, il est prouvé qu'il n'y avait point de fait, point de droit sur lequel on pût transiger; dès lors la transaction tombe avec le fon-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Transaction*, § V, n° IV* (t. XXXIV, p. 375 et suiv.).
(2) Voyez les autorités dans Pont, t. II, p. 372, n°s 711 et 712. Il faut ajouter Rejet, 19 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 182).
(3) Comparez Liége, 20 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 386).

dement apparent sur lequel elle reposait. En théorie, il faudrait donc dire que la transaction est inexistante. Mais tel est-il le système du code civil? Le texte laisse la question indécise, le mot *nul* dont la loi se sert ayant une signification complexe et par cela même indéterminée. Quant aux travaux préparatoires, ils ne nous apprennent rien. L'orateur du gouvernement est le seul qui parle de cette cause de nullité; il dit qu'elle a toujours été admise. Celui qui voudrait profiter de la transaction fondée sur des pièces reconnues fausses serait coupable d'un délit, alors même que, dans le temps du contrat, il aurait ignoré que la pièce fût fausse, s'il voulait encore en tirer avantage lorsque sa fausseté serait constatée (1). C'est là un motif moral qui ne touche pas à la question de droit.

Dans l'opinion commune, on dit que la transaction est nulle pour cause d'erreur; et l'on exige, en conséquence, qu'il s'agisse d'une erreur de fait, l'erreur de droit ne viciant pas les transactions. Si je transige sur des pièces fausses, c'est parce que je les crois vraies; je n'aurais pas transigé si j'avais su qu'elles fussent fausses; donc, dit-on, mon consentement est vicié par l'erreur. Qu'il y ait erreur, cela n'est point douteux; mais cette erreur constitue-t-elle un simple vice de consentement? Il y a une erreur qui empêche le consentement d'exister; or, telle est l'erreur qui entache la transaction faite sur pièces fausses; je croyais qu'il y avait un droit qui me paraissait douteux, et il se trouve que ce droit n'a jamais existé. Sur quoi donc ai-je transigé? Sur rien du tout. Transige-t-on sur le néant?

Les vrais principes conduisent donc à déclarer la transaction inexistante. Toutefois nous n'oserions pas dire que telle soit la théorie légale. L'article 2054 prévoit aussi un cas où, dans notre opinion, il y a défaut de cause, et néanmoins la loi considère la transaction comme simplement *rescindable*. Il est assez probable qu'elle attache la même signification à la *nullité* dont elle parle dans les articles suivants (2).

419. L'article 2055 dit que la transaction est *entière-*

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 13 (Locré, t. VII, p. 461).
(2) Comparez Pont, t. II, p. 314, 713, 717 et 718.

ment nulle. Bigot-Préameneu donne l'explication de cette disposition. La loi romaine, dit-il, à laquelle l'article 2055 est emprunté, suppose que dans une transaction il peut se trouver plusieurs chefs indépendants les uns des autres; de sorte que la pièce fausse ne concerne que l'un des chefs, elle est étrangère aux autres. Le jurisconsulte décide que la transaction conserve sa force pour les chefs auxquels la pièce fausse ne s'applique point. Cette décision n'a pas été admise par les auteurs du code; ils déclarent la transaction *entièrement* nulle. Quelle est la raison de cette dérogation au droit traditionnel? L'Exposé des motifs répond : « On ne doit voir dans une transaction que des parties corrélatives: et lors même que les divers points sur lesquels on a traité sont indépendants de leur objet, il n'en est pas moins *incertain* s'ils ont été indépendants quant à la volonté de contracter, et si les parties eussent traité séparément sur tous les points. » Si la volonté des parties reste incertaine, pourquoi le législateur ne s'en est-il pas rapporté à l'appréciation du juge? Bigot-Préameneu répond que l'on a suivi comme règle que tout est corrélatif dans une transaction, parce que l'indivisibilité résulte de la nature de ce contrat (1). La réponse est une affirmation plutôt qu'un argument, car elle aboutit à dire que la transaction doit être annulée en entier parce qu'elle est indivisible. Mais elle n'est indivisible que parce que l'on suppose que telle est l'intention des parties contractantes. Le plus logique eût donc été d'abandonner la décision à l'appréciation des tribunaux (nos 400 et 401).

N° 4. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 2056.

420. « La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle » (article 2056). Pourquoi la transaction est-elle nulle dans ce cas? L'orateur du gouvernement répond : parce que le droit n'était plus douteux lorsque les parties ont transigé, et il

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 13 (Locré, t. VII, p. 461).



avait cessé d'être douteux par l'effet d'un jugement qui est réputé la vérité même; transige-t-on sur la vérité? Voilà certes un cas dans lequel la transaction manque d'objet et de cause. C'est ce que dit l'orateur du Tribunat : « Toute convention a une cause : celle de la transaction est la crainte du procès. Ainsi, lorsqu'un procès est terminé par un jugement passé en force de chose jugée, il ne peut plus y avoir de transaction, parce qu'il ne peut plus y avoir de doute (1). »

Est-ce là la théorie du code? La loi se borne à dire que la transaction est nulle, sans se prononcer sur le caractère de la nullité; et, comme nous venons de le dire (n° 414), il est difficile d'affirmer quoi que ce soit en cette matière. Duranton enseigne que la transaction n'a plus de cause (2), sans développer les conséquences qui découlent de ce principe. Pont transcrit la discussion qui a eu lieu, au conseil d'Etat, sur l'article 2056, tout en avouant que, telle qu'elle est rapportée par Locré, elle n'a pas de sens. On pourrait malheureusement en dire autant de beaucoup de procès-verbaux des séances du conseil d'Etat. Dès lors il est assez inutile de citer la discussion qui a eu lieu sur l'article 2056. Berlier dit que la transaction doit être considérée comme étant le pur effet d'une erreur, car il est certain que les parties qui ont traité dans l'ignorance du jugement ne l'auraient pas fait si elles l'avaient connu. De même Domat explique très-bien que les parties qui transigent, dans l'ignorance du jugement par lequel il a été terminé, l'ont fait par erreur. Il n'y avait plus de procès, et l'on ne transigeait que parce que l'on supposait que le procès était indécis et qu'aucune partie n'avait un droit acquis. Ainsi, conclut Domat, cette *erreur*, jointe à l'autorité de la chose jugée, fait préférer ce que la justice a réglé à un consentement que celui qui s'est relâché de son droit n'a donné que parce qu'il croyait être dans un péril où il n'était pas (3).

(1) Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. VII, p. 451). Gillet, Discours, n° 8 (Locré, p. 471).
(2) Duranton, t. XVIII, p. 494, n° 430.
(3) Domat, *Lois civiles*, livre I, tit. XIII, sect. II, n° VII. Pont, t. II, p. 378, n° 722.

En vérité, il était inutile d'invoquer la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat ainsi que l'autorité de Domat pour prouver que, dans le cas prévu par l'article 2056, la transaction est nulle par suite d'une erreur. Là n'est pas la question. On demande si c'est une erreur qui vicie le consentement, ou si c'est une erreur sur la cause; dans le premier cas, la transaction serait nulle; dans le second, elle serait inexistante. Reste à savoir quelle est la théorie du code. Nous voulons bien admettre que ce soit celle de la nullité, et non celle de l'inexistence de la transaction, mais il faut avouer que cette théorie est contraire aux principes et qu'elle est en contradiction avec les motifs sur lesquels les auteurs mêmes du code ont fondé la nullité de la transaction.

421. L'article 2056 ajoute : « Si le jugement, ignoré des parties, était susceptible d'appel, la transaction sera valable. » Pourquoi la transaction est-elle valable, quoique l'une des parties ignore qu'elle a obtenu gain de cause? Bigot-Préameneu avoue que si la partie gagnante avait eu connaissance du jugement, elle eût cherché à en tirer avantage dans la transaction. Ce n'est pas assez dire; il n'est pas certain qu'elle eût transigé; et si elle l'avait fait, il est certain qu'elle n'aurait pas traité sous les conditions qu'elle a acceptées, parce qu'elle croyait que la décision était encore incertaine. Le jugement de première instance, intervenu à l'insu des parties, apporte donc un grand changement dans leur situation respective : la loi n'en devait-elle pas tenir compte? L'orateur du gouvernement répond : « Il suffit que le jugement rendu fût susceptible d'appel pour qu'il y eût encore du doute; et lorsque la base principale de la transaction reste, on ne saurait, sur une simple présomption, l'anéantir. » La raison n'est pas bonne; on peut encore moins, dirons-nous, la maintenir alors que l'une des parties ne l'a consentie que par erreur. Ici il fallait admettre l'erreur comme viciant le consentement, sans toutefois l'empêcher d'exister, et permettre, par conséquent, à la partie de demander la nullité d'une transaction qu'elle n'aurait pas consentie si elle avait eu connaissance du jugement.

La loi ne fait pas mention du recours en cassation qui est ouvert aux parties, alors que le jugement n'est plus susceptible d'appel. Cela n'empêche pas le jugement d'être passé en force de chose jugée, car le pourvoi n'est pas suspensif; ainsi le droit est acquis à la partie qui a obtenu le jugement qui n'est pas susceptible d'appel; de là suit que, si elle a traité dans l'ignorance de ce jugement, la transaction sera nulle en vertu du premier alinéa de l'article 2056 (1).

422. L'article 2056 suppose que, lors de la transaction, les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance de la décision judiciaire. Que faudrait-il décider si elles avaient transigé quoique connaissant le jugement qui met fin à leur contestation? On répond que, dans ce cas, la transaction vaudra et qu'elle ne pourra pas être rescindée. Cela paraît résulter de l'article 2056, par un de ces arguments que l'on appelle *a contrario*. Mauvaise argumentation. Pour qu'il y ait transaction, il faut qu'il y ait un droit douteux; or, quand un jugement passé en force de chose jugée a décidé la contestation, le doute a fait place à la vérité. Vainement dit-on que les parties agissent, dans ce cas, par un sentiment d'équité, en vue de satisfaire à une obligation naturelle. Résulte-t-il de là qu'il y ait un droit douteux? Non, certes; car l'obligation naturelle n'empêche pas le jugement d'être l'expression de la vérité légale, et c'est de celle-là qu'il s'agit (2). Il est inutile d'insister sur une hypothèse d'école. Tout ce qui se peut faire légalement, c'est que la partie qui a obtenu le jugement y renonce et reconnaisse le droit de la partie adverse. Mais ce n'est pas là une transaction.

N° 5. DU CAS PRÉVU PAR L'ARTICLE 2057.

423. Après avoir transigé, les parties découvrent des titres qui leur étaient inconnus lors de la transaction; ces titres prouvent que l'un des contractants n'avait aucun droit

(1) Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. VII, p. 461). Duranton, t. XVIII, p. 497, n° 431).
(2) Pont, t. II, p. 377, n° 721.

sur l'objet ou sur l'un des objets compris dans le traité. Quelle sera l'influence de cette découverte sur la transaction? L'article 2057 distingue.

« La transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit. » Pourquoi la transaction est-elle nulle? L'orateur du gouvernement répond : Parce qu'il n'y avait pas de question douteuse qui pût en être l'objet, et l'on ne conçoit pas de transaction sans un droit douteux. Ce serait une convention sans cause, dit le rapporteur du Tribunat. L'orateur du Tribunat dit aussi que, dans ce cas, la cause manque : « L'absence complète de la matière du litige fait disparaître en même temps toute matière à transaction (1). » Ainsi tous ceux qui ont été chargés d'exposer les motifs de notre titre sont d'accord pour dire que la transaction est nulle pour défaut de cause, ce qui veut dire qu'elle est inexistante. Pont avoue qu'en pure théorie on pourrait voir là un défaut de cause, dont l'effet serait de rendre la transaction inexistante. Ce n'est pas de la pure théorie, puisque c'est la doctrine des auteurs du code civil; mais il faut ajouter que leur opinion est inconséquente et peu juridique, car la rédaction de l'article 2057 prouve que par transaction nulle la loi entend une transaction dont la rescision peut être demandée. Il faut donc dire de cette dernière cause de nullité ce que nous avons dit des autres : inexistante d'après les vrais principes, la transaction est considérée par la loi comme simplement nulle, c'est-à-dire annulable. Nous dirons plus loin les conséquences qui résultent de la doctrine légale.

424. « Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision. » Pourquoi la loi ne tient-elle aucun compte des titres nouvellement découverts? C'est une application du principe de l'indivisibilité des transactions : « On doit dé-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 15 (Locré, t. VII, p. 462). Albisson, Rapport, n° 12 (Locré, p. 466). Gillet, Discours, n° 8 (Locré, p. 471).

cider, dit Bigot-Préameneu, d'après la règle de corrélation entre toutes les clauses de transaction, que les parties n'ont souscrit aux autres dispositions que sous la condition qu'elles ne pourraient élever l'une contre l'autre de nouvelle contestation sur aucune de leurs affaires antérieures. Cette condition emporte la renonciation à tout usage des titres qui pourraient être postérieurement découverts. »

Nous avons déjà fait des réserves contre le principe de l'indivisibilité des transactions (n° 415). Dans le cas de l'article 2057, comme dans celui de l'article 2055, le législateur décide par voie de présomption; il eût été plus logique d'abandonner la décision au juge, puisqu'il s'agit d'apprécier l'intention des parties contractantes. Pourquoi la loi présume-t-elle que les parties renoncent à se prévaloir de la découverte de nouveaux titres? Cela suppose que les parties ont prévu la possibilité d'une telle découverte; mais si elles l'avaient prévue, elles s'en seraient expliquées. A vrai dire, elles n'y ont pas songé, et on leur suppose cependant l'intention de renoncer à l'avantage qu'elles pourraient tirer de pièces nouvelles dont elles ne soupçonnaient pas même l'existence!

423. L'article 2057 admet un cas dans lequel la découverte de titres inconnus à l'une des parties vicie la transaction générale : c'est lorsque ces titres ont été retenus par le fait de l'autre partie. Ce fait est un dol, et le dol vicie tous les contrats; d'un autre côté, on ne peut plus présumer une renonciation de la part de la partie qui est de bonne foi, car ce serait renoncer à se prévaloir du dol dont elle est victime. C'est la remarque du rapporteur du Tribunat.

Il a été jugé que l'article 2057 n'est pas applicable lorsque la transaction porte sur le dol même que l'une des parties reproche à l'autre. L'espèce présentait plus d'un doute. Un homme avait pratiqué une longue série de combinaisons frauduleuses pour faire disparaître la presque totalité de sa fortune personnelle, ainsi que l'actif de la communauté, dans le but de spolier complétement sa femme des bénéfices du régime que les époux avaient adopté. La femme avait le droit d'attaquer les actes faits par son mari

en fraude de ses droits; elle transigea, puis elle demanda la nullité de la transaction. Cette demande ne fut pas accueillie. Pourvoi en cassation; admis par la chambre des requêtes, il fut rejeté par la chambre civile, mais après délibéré. Le premier chef du pourvoi n'était point sérieux; le demandeur prétendait que l'on ne pouvait transiger sur le dol. La cour de cassation répond : on peut transiger sur les intérêts civils qui naissent d'un délit criminel; à plus forte raison est-il permis de transiger sur l'action en dommages-intérêts résultant du dol. Le pourvoi invoquait, en second lieu, l'article 2057. Il était établi que le mari avait retenu les pièces qui constataient ses manœuvres frauduleuses; la femme se fondait sur ce dol pour demander la nullité de la transaction. La cour décida qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 2057. Sur ce point, il nous reste des doutes. La cour constate, d'après l'arrêt attaqué, que la femme connaissait avant la transaction les fraudes commises par son mari. Sans doute, puisque la transaction portait précisément sur ces manœuvres frauduleuses; mais la femme ne connaissait pas les titres que le mari avait retenus; si elle les avait connus, ou elle n'aurait pas transigé, ou elle l'aurait fait à des conditions plus avantageuses. N'était-ce pas le cas d'appliquer l'article 2057? Non, dit la cour, parce que la transaction avait pour objet de couvrir toutes les fraudes commises par le mari. Oui, sauf le dol que le mari pratiquait au moment même où il transigeait, car il trompait sa femme en retenant les pièces qui l'auraient éclairée. A cela on fait une singulière objection : obliger le mari à produire les pièces qui prouvaient son dol, c'eût été rendre la transaction impossible, car la femme aurait refusé de transiger. Il nous semble que l'objection prouvait et devait se tourner contre ceux qui la faisaient. Oui, la femme n'aurait pas transigé; mais c'était un motif péremptoire d'admettre la demande en nullité de la femme, puisque c'est par le dol du mari qu'elle avait consenti à la transaction (1).

(1) Rejet, chambre civile, 12 mai 1836 (Dalloz, au mot *Transaction*, nº 95, 1º). Comparez Pont, qui approuve la décision, t. II, p. 381, nº 728.

§ II. *Effet de l'annulation.*

426. Si l'on admet avec le texte, quoique contrairement aux principes, que dans les divers cas où la transaction est nulle, elle est simplement annulable, l'on doit appliquer à l'action en nullité des transactions les principes qui régissent l'action en nullité en général. De là suit que l'action est soumise à la prescription spéciale de dix ans de l'article 1304, prescription qui est en réalité une confirmation tacite. On conçoit la confirmation quand il s'agit d'un vice de consentement; on ne la conçoit pas quand il s'agit d'un défaut de cause, car le défaut de cause fait que la transaction est inexistante; or, on ne confirme pas ce qui n'existe pas. C'est une contradiction, une anomalie; mais il faut l'accepter, puisque le texte du code la consacre implicitement.

Si la confirmation tacite par la prescription de dix ans est admise, il faut admettre, par la même raison, la confirmation expresse. Au point de vue des principes, cela n'a pas de sens, puisque confirmer, c'est effacer le vice qui entache l'obligation et qui la rend nulle; cela se comprend pour les vices de consentement; mais quand il y a défaut de cause, il n'y a point d'obligation, et le néant est un vice irremédiable. La cour de Liége admet, comme nous l'avons enseigné, que, dans le cas prévu par l'article 2054, la transaction est nulle pour défaut de cause (n° 415), et néanmoins elle a décidé qu'il pouvait y avoir confirmation (1); la décision est contradictoire, car une transaction sans cause est une convention inexistante, et le néant ne se confirme pas. On ne peut justifier cette contradiction que par le texte de la loi; l'inconséquence est dans le code civil (2).

427. La prescription de dix ans régit-elle exclusivement l'action en nullité des transactions, ou cette action reste-t-elle aussi sous l'empire de la prescription générale de trente ans? Cette même question se présente pour toute

(1) Liége, 20 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 386).
(2) Comparez Pont, t. II, p. 382, n° 735 et 736).

action en nullité; nous l'avons examinée au titre des *Obligations*. A notre avis, les deux prescriptions reçoivent leur application : celle de dix ans est une confirmation. Il se peut que la confirmation tacite ne se soit pas accomplie, parce que l'erreur ou le dol n'ont pas été découverts; si trente ans se passent après que la transaction a été faite, l'action en nullité sera-t-elle prescrite? La cour de Paris a très-bien jugé que toute action se prescrit par trente ans; qu'importe que la prescription spéciale de l'article 1304 ne soit pas accomplie? Tout ce qui en résulte, c'est que la transaction ne sera pas confirmée, mais cela n'empêche pas que l'action en nullité soit prescrite en vertu du droit commun, l'intérêt général exigeant cette prescription (1).

428. La transaction étant nulle, en ce sens qu'elle est annulable, il s'ensuit que la nullité doit être demandée et qu'elle n'existe que du jour où elle a été prononcée. Une fois annulée, la transaction est considérée comme n'ayant jamais existé; par suite, tous les effets de la transaction tombent. Deux légataires transigent sur leurs legs, et s'obligent, en conséquence, à renoncer à leurs legs; ils firent effectivement cette renonciation au greffe du tribunal. Plus tard, la transaction fut attaquée et annulée comme nulle en la forme, un mineur y ayant été partie sans que l'on eût rempli les formes légales, et de plus la transaction renfermait un pacte successoire. La transaction étant annulée, la renonciation aux legs, qui en était la conséquence, tombait par cela même. La cour de Liége l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (2).

(1) Paris, 22 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 156). En sens contraire, Pont, t. II, p. 383, n° 737, et les auteurs qu'il cite.
(2) Liége, 9 avril 1853 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 206).

CHAPITRE IV.

DE LA RÉSOLUTION DES TRANSACTIONS.

---

429. Le code ne parle pas de la résolution des transactions. Comme la transaction est un contrat synallagmatique, on peut demander si la condition résolutoire y est sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne remplit pas les engagements qu'elle a contractés. La cour de Liége a jugé que l'article 1184 n'est pas applicable, parce que la transaction tient plus de la nature du jugement que de la convention. Il est vrai que la transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée (art. 2052); mais cela ne décide pas la question. La transaction est aussi un contrat; il faut donc voir si, en matière de résolution, c'est l'élément contractuel qui l'emporte, ou si c'est l'élément judiciaire. La chose est douteuse. Quand il s'agit de l'*annulation* des transactions, le code suit les principes des contrats; or, la *résolution* a bien des analogies avec l'annulation : n'en faut-il pas conclure que l'article 1184 est applicable? Malgré ce motif de douter, nous croyons que la cour de Liége a bien jugé (1). En assimilant la transaction à un jugement, le code a voulu lui donner la même stabilité qu'aux décisions judiciaires; et comme on ne peut pas faire revivre les difficultés que le jugement a terminées, bien que l'une des parties ne l'exécute point, il faut en dire autant de la transaction : la partie intéressée a les voies de droit pour obtenir l'exécution forcée de la transaction; qu'elle y recoure. Quant à l'analogie qui existe entre la résolution et l'annulation, elle concerne les effets; la différence est

(1) Liége, 21 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 76). En sens contraire (implicitement) Rejet, 26 juillet 1875 (Dalloz, 1876, 1, 199).

grande quant au principe. La nullité implique que la transaction est viciée, et une transaction viciée ne peut pas produire d'effets; tandis que la résolution implique que la transaction est valable; seulement, par la volonté des parties ou par celle de la loi, il s'y trouve une condition résolutoire. La difficulté se réduit donc à ceci : le législateur sous-entend-il la condition résolutoire dans un contrat auquel il donne l'autorité de la chose jugée? Et, ainsi posée, la question se résout d'elle-même.

430. Autre est la question de savoir si les parties contractantes peuvent stipuler la condition résolutoire. Ici l'élément contractuel l'emporte; ce n'est plus le législateur qui parle, ce sont les parties qui stipulent ou promettent. Or, il est de l'essence des contrats que les parties jouissent de la plus entière liberté de contracter. Il est certain qu'elles peuvent transiger sous condition; elles peuvent donc stipuler aussi le pacte commissoire. Ce sera déroger, il est vrai, au principe que la transaction a l'autorité de chose jugée. Mais ce principe est établi dans l'intérêt des parties; par conséquent, elles ont le droit d'y déroger. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi, sans que la question ait fait l'objet d'un débat; on discutait seulement sur le point de savoir si la résolution avait lieu de plein droit (1). Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit, sur le pacte commissoire, au titre des *Obligations*.

(1) Bruxelles, 20 février 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 393).

TITRE XVII.

(TITRE XVI DU CODE CIVIL.)

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE

---

431. Le titre de la *Contrainte par corps* n'est plus que de l'histoire : cette voie d'exécution a été supprimée, sauf quelques restrictions, par la loi du 27 juillet 1871, en Belgique, et en France par la loi du 22 juillet 1867. Notre ouvrage n'est pas un traité d'histoire, c'est un cours de principes; les développements historiques y sont étrangers, à moins qu'ils ne soient nécessaires pour faire comprendre l'esprit de notre législation actuelle. Nous pourrions donc nous borner à passer sous silence le titre du code civil qui traite de la contrainte par corps en matière civile. Toutefois l'abolition de l'emprisonnement pour dettes n'étant pas absolu, il nous faut dire au moins ce qu'il en reste, et pourquoi le législateur en a maintenu quelques débris. D'après le projet primitif, l'abrogation était absolue; cela était logique. Si l'on a proposé l'abolition de la contrainte par corps, c'est qu'on la considère comme une violation de la liberté individuelle, le plus naturel des droits que nos constitutions modernes inscrivent parmi les droits naturels, inaliénables et imprescriptibles de l'homme. Or, la liberté ne se scinde pas, la maintenir en partie seulement, c'est la

violer en partie; ce qui est en contradiction avec le principe même de la loi nouvelle. On sait comment le législateur est arrivé à ce système illogique. La loi primitive avait fait naître un conflit entre la chambre des représentants et le sénat; la chambre voulait l'abolition pure et simple, le sénat ne la voulait qu'avec des restrictions; pour ne pas ajourner indéfiniment le bienfait d'une abolition presque complète, la majorité de la chambre, d'accord avec le gouvernement, accepta les restrictions proposées par le sénat. Les transactions sur les principes ne sont pas de notre goût; non-seulement elles sont profondément illogiques, c'est le moindre reproche que l'on soit en droit de leur adresser; en mutilant la vérité, elles la faussent et elles égarent par là la conscience publique. Les hommes finissent par accepter ces demi-vérités comme l'expression des vrais principes; et cependant une demi-vérité est aussi une demi-erreur. Ainsi le législateur, organe du droit, répand parmi les hommes des erreurs sous couleur de vérités. Funeste enseignement! Car les hommes finissent par ne plus savoir ce qui est vrai et ce qui est faux. Cette altération du sens moral est une des plaies des sociétés modernes. Les fortes convictions nous manquent, de là nos inconséquences, nos contradictions et nos faiblesses. Que le législateur au moins ne prête pas la main à ce désordre moral! Qu'il n'oublie pas que sa mission est de guider les hommes dans la voie de la vérité!

432. Il y a quarante ans que nous avons essayé d'établir ce que nous considérions dès lors comme une vérité absolue en cette matière : l'opposition radicale entre la contrainte par corps et le principe de liberté individuelle (1). La première partie de ce travail de jeunesse était historique. Depuis lors, l'histoire est restée l'étude de prédilection de l'auteur. Cependant il ne s'est jamais intéressé à l'histoire pour l'histoire, comme on fait de l'art pour l'art. L'érudition qui cherche à ressusciter le passé n'est pas de son goût. Que des antiquaires le fassent dans leur cabinet

(1) Voyez deux articles insérés dans les *Nouvelles Archives historiques, philosophiques et littéraires*, t. I, p. 205 et 417 : *De la législation sur la contrainte par corps.*

d'antiquités, soit, cela peut avoir un intérêt de curiosité : mais ce n'est pas là l'histoire. La loi du progrès qui préside aux destinées du genre humain implique que nous partons de l'imperfection pour aspirer et aboutir à une perfection relative. Il y a donc toujours une part d'erreurs dans l'héritage que le passé nous lègue; ces erreurs doivent être combattues et rejetées; ce sont des ossements de morts, la vie les a abandonnés : à quoi bon en évoquer sans cesse le souvenir? Ce qu'il y a à faire, c'est de dégager les éléments de vérité qui se trouvent dans la masse d'erreurs que les âges accumulent. Ce travail, l'humanité l'accomplit d'instinct sous la main de Dieu. Dieu dans l'histoire, ou le gouvernement providentiel, et la marche progressive des hommes vers la perfection, telle est la vraie histoire. Celle-là, en éclairant le passé, devient aussi une lumière qui nous guide vers l'avenir.

C'est en ce sens que nous disions, en 1837, que si les partisans de la contrainte par corps se rendaient compte de ce qu'a été cette prétendue voie d'exécution et ce qu'elle est encore en essence, ils reculeraient épouvantés. Le débiteur engage sa personne, c'est-à-dire son corps et son âme, sa liberté et sa vie, pour garantir le payement de ce qu'il doit. Ne paye-t-il pas, le créancier saisit son gage vivant, il en fait son esclave, et dans la haute antiquité, l'esclavage donnait au maître le droit de vie et de mort. Cet horrible droit était gravé sur la loi des XII Tables : « S'il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur. S'ils coupent plus ou moins, qu'ils n'en soient pas responsables. » Comment s'expliquer ce mépris de la liberté et de la vie chez un peuple libre? C'est que l'antiquité ne connaissait point la liberté : et comment l'aurait-elle connue, alors qu'elle pratiquait l'esclavage? La servitude pour dettes ne pouvait disparaître qu'avec l'esclavage; pour cela, il fallut de nouvelles races et un nouvel état social. La liberté moderne a ses racines dans les forêts de la Germanie.

L'esprit d'individualité qui caractérise les Germains transforma toutes les relations sociales en introduisant l'idée de personnalité et de droit là où chez les anciens il

y avait une absence complète de droit et, par suite, un empire absolu du maître sur l'esclave. L'esclave devint un homme; c'est la plus profonde révolution qui se soit accomplie dans l'humanité. Elle profita aux débiteurs insolvables. Les coutumes reconnurent des droits au débiteur en face de son créancier, comme elles en reconnurent aux serfs en face de leur suzerain. C'était ruiner l'esclavage pour dettes dans son essence. La prison domestique, avec ses occultes vengeances, fit place à la prison publique. L'emprisonnement pour dettes cessa d'être une exploitation de la personne pour devenir une garantie en faveur du créancier contre la mauvaise foi du débiteur.

Arrivée à ce terme, la contrainte par corps devait disparaître. Les parties sont libres de stipuler telles garanties qu'elles veulent, sauf celles qui portent atteinte à la liberté. Il n'y a qu'une cause qui légitime la privation de la liberté, c'est la peine infligée au coupable. Quand il n'y a que des intérêts privés en cause, ils doivent se contenter de la garantie qu'offrent les biens du débiteur, et des cautionnements ou hypothèques que des tiers fournissent; la liberté de la personne ne peut devenir l'accessoire d'intérêts pécuniaires : ce serait violer la personnalité humaine dans son essence.

433. Tel est le développement historique de la contrainte par corps. Chez les Romains, personne ne doutait de la légitimité de l'esclavage pour dettes. Aujourd'hui, personne ne doute plus de l'illégitimité de l'emprisonnement du débiteur. Le désaccord ne porte que sur des points de détail. Voici les dispositions restrictives de la loi nouvelle.

La contrainte par corps est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de police pour l'exécution des condamnations aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais (art. 2).

Elle peut être prononcée en toute matière, pour les restitutions, dommages-intérêts et frais, lorsqu'ils sont le résultat d'un fait prévu par la loi pénale ou d'un acte illicite commis méchamment ou de mauvaise foi (art. 3). C'est-à-dire que l'action civile naissant d'un délit criminel, et l'ac-

tion en dommages-intérêts naissant d'un délit civil, peuvent être sanctionnées par l'emprisonnement du débiteur. Cette disposition a été l'objet de vives critiques. L'action civile pour injures et calomnies par la voie de la presse peut être portée devant les tribunaux civils comme toute action civile; par suite le tribunal, en condamnant le défendeur à des dommages-intérêts, peut ordonner qu'il soit contraint par corps. C'est une atteinte à la liberté de la presse, dit-on. Cette face de la question est étrangère à notre travail. Qu'il nous soit seulement permis de trouver excessive cette sollicitude pour la liberté de la presse, alors qu'elle devient un instrument d'injures et de calomnies. Si la contrainte par corps pouvait être légitime, elle le serait contre les misérables folliculaires qui déshonorent la plus précieuse de nos libertés dans un intérêt de parti, lequel n'est souvent qu'un intérêt de vengeance. Nous n'aimons pas la contrainte par corps, mais il y a quelque chose que nous détestons encore davantage, c'est l'injure et la calomnie systématiques. Le mal que l'on fait aux personnes insultées, calomniées, est relativement peu considérable. Il y a un mal plus grand, immense, c'est que certaine presse, en injuriant et en calomniant tous ses adversaires, démoralise profondément ses lecteurs, et ce sont précisément des lecteurs auxquels on défend de lire d'autres journaux. Ce lent poison se répand dans les âmes et il finit par les infecter et par démoraliser les nations. Voilà l'œuvre des calomniateurs. Il n'y en a pas de plus funeste! Qu'on rétablisse le pilori pour les calomniateurs de profession! Alors nous applaudirons volontiers ceux qui s'élèvent contre la contrainte par corps en matière de presse.

434. La loi nouvelle ajoute quelques dispositions qui améliorent l'ancienne législation en adoucissant ses rigueurs. D'abord la contrainte par corps n'a lieu que pour une somme excédant 300 francs (art. 4). Puis la durée de la contrainte par corps est fixée par le jugement ou l'arrêt, d'après la gravité de la faute commise et l'étendue du dommage à réparer. Elle ne peut excéder une année (art. 5). Enfin la loi défend de prononcer la contrainte par corps contre les personnes civilement responsables du fait, contre

ceux qui ont atteint leur soixante et dixième année, contre les femmes et les mineurs et contre les héritiers du contraignable par corps (art. 6).

Quant à la procédure, nous renvoyons aux dispositions de la loi du 21 mars 1859, maintenues par la loi nouvelle (art. 8).

TITRE XVIII.

(TITRE XVII DU CODE CIVIL.)

DU NANTISSEMENT (1).

---

433. « Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (art. 2071). Il suit de là que le nantissement est un contrat réel, à la différence de l'hypothèque, qui ne fait point passer au créancier la possession de la chose. Pothier en a fait la remarque (2). La différence tient à l'essence même du nantissement. Le but de ce contrat est d'offrir au créancier une sûreté pour son payement; quand c'est une chose mobilière qui est affectée à l'acquittement de la dette, cette chose est frappée d'un droit réel qui donne au créancier le droit de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers. L'exercice de ce privilége deviendrait impossible et illusoire si le créancier n'était pas en possession de la chose; en effet, le débiteur, en l'aliénant, rendrait inefficace le droit du créancier, les meubles n'ayant pas de suite (art. 2119; loi hyp., art. 46). Pour que le

(1) Pothier, *Du nantissement*. chap. IV et V du *Traité des Hypothèques* Troplong, *Du nantissement*, 1 vol. in-8° (Paris. 1847). Pont, *Des petits contrats* (t. II, Paris, 1867).
(2) Pothier, *Du nantissement*, n° 208.

nantissement mobilier donne une véritable garantie au créancier, il faut que celui-ci soit mis en possession de la chose. Quant au nantissement immobilier, la loi dit (art. 2085) que le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts et sur le capital; la garantie qu'offre l'antichrèse suppose encore que le créancier soit en possession de la chose. Il n'en est pas de même de l'hypothèque; la sûreté qu'elle donne au créancier consiste à faire vendre l'immeuble et à se faire payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers; il ne faut pas pour cela que la chose soit en la possession du créancier, puisque l'hypothèque donne le droit de suite.

436. Il résulte encore de la définition du nantissement que c'est un contrat accessoire, qu'il a pour objet d'assurer le payement d'une dette principale, de même que le cautionnement; il y a cette différence, c'est que la sûreté que donne le nantissement est réelle, tandis que la sûreté qu'offre la caution est attachée à la personne et à sa solvabilité. Gary, le rapporteur du Tribunat, dit qu'à la plupart des transactions de la vie civile s'applique cette vérité énoncée avec tant de précision par une loi romaine : qu'il y a plus de sûreté dans les biens que dans les personnes. Tel est l'objet du nantissement ainsi que de l'hypothèque. Gary ajoute que ce n'est pas une nouvelle convention ni un nouveau lien que l'on forme en prenant et en accordant une sûreté réelle, qu'on ne fait qu'assurer l'exécution de l'engagement contracté, par le nantissement qui resserre le lien déjà formé (1). C'est mal exprimer une pensée qui est exacte au fond. Le rapporteur veut établir le caractère accessoire du nantissement; il est certain que s'il n'y avait pas de contrat principal, le nantissement ne créerait aucun lien entre le débiteur et le créancier; le contrat serait sans objet puisqu'il n'y aurait rien à assurer. Mais il n'est pas exact de dire que le nantissement ne suppose pas une nouvelle convention; il se forme par concours de consentement, comme tout contrat. Cela peut se faire, en même temps que le con-

(1) Gary, Rapport, n° 1 (Locré, t. VIII, p. 103).

trat principal, il y a dans ce cas deux contrats, l'un qui crée la dette principale et l'autre qui tend à en assurer le payement. Le nantissement peut aussi se former plus ou moins longtemps après la perfection du contrat principal. Dans toute hypothèse, il suppose une convention distincte, donc un nouveau concours de consentement, seulement elle est accessoire, et par conséquent régie par les principes des contrats accessoires. La nullité du contrat principal entraîne la nullité du nantissement; mais la nullité du contrat accessoire n'entraîne pas la nullité du contrat principal (1).

Le caractère accessoire du nantissement a une conséquence importante, en ce qui concerne la compétence : le tribunal compétent pour le contrat principal l'est, par cela même, pour connaître du contrat accessoire. Il a été jugé que le nantissement, de même que le cautionnement, participe, comme accessoire, de la nature de l'obligation principale, dont il a pour objet d'assurer l'exécution. Dans l'espèce, il était donné pour sûreté d'une opération commerciale; il prenait donc le caractère commercial, par suite les contestations élevées sur son exécution ou ses effets rentraient, comme l'obligation principale, dans la compétence des tribunaux de commerce (2).

437. Le nantissement est un contrat unilatéral, puisque le créancier seul s'oblige; le débiteur ne s'oblige pas en donnant une sûreté pour le payement de sa dette. Il est vrai que le débiteur peut se trouver obligé par les suites du nantissement, par exemple, quand le créancier a fait des dépenses pour la conservation de la chose, mais cette obligation n'est qu'accidentelle, elle résulte des dépenses, elle ne résulte pas du contrat; le contrat, par lui-même, oblige seulement le créancier à rendre la chose; le créancier seul contracte donc une obligation principale, ce qui caractérise le contrat unilatéral. Les auteurs appellent cependant le nantissement un contrat synallagmatique, parce qu'il est bilatéral imparfait (3); c'est une mauvaise locution

(1) Gand, 4 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 310).
(2) Montpellier, 11 février 1842 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 38).
(3) Pont, *Des petits contrats*, t. II, p. 571, n° 1067.



que l'on ferait bien de bannir de notre science, puisqu'elle est faite pour tromper. Applique-t-on au nantissement les formalités prescrites par l'article 1325 pour les écrits constatant des conventions bilatérales? Non, sur ce point tout le monde est d'accord. Donc le contrat n'est pas synallagmatique.

Duranton remarque qu'il y a, sous ce rapport, quelque chose de spécial au nantissement. Il ne doit pas être rédigé en double; mais à qui l'original unique sera-t-il remis? Le créancier y a intérêt, pour l'exercice de son privilége; le débiteur y est intéressé pour réclamer la restitution du gage. Duranton se décide en faveur du créancier, dont l'intérêt lui paraît le plus grand (1). N'est-ce pas plutôt une question de droit? C'est au créancier que l'acte doit être remis; or, qui est créancier? C'est celui qui a remis le gage, c'est donc le débiteur qui doit avoir l'écrit; et comme le créancier tiendra aussi à avoir une preuve littérale de son droit, on aboutit en fait à la nécessité de rédiger deux originaux. Mais c'est une utilité de fait; en droit, on ne peut pas s'en prévaloir, puisque le contrat n'est pas synallagmatique.

La cour de cassation a fait une application assez singulière de ce principe. Il était constaté par l'arrêt attaqué que les parties qui, en apparence, avaient fait une vente, avaient, en réalité, la volonté de faire un contrat de nantissement; le contrat fut rédigé en forme de lettre, donc sans l'observation des formalités du double et de la mention des doubles. Question de savoir si l'acte était valable en la forme. La cour s'est prononcée pour l'affirmative, en s'en tenant à la réalité des choses plutôt qu'à l'apparence (2). Cette décision soulève des doutes. D'abord, peut-on faire un nantissement sous forme de vente? Nous reviendrons sur ce point. Et en supposant que le nantissement déguisé sous forme de vente soit valable, ne faut-il pas observer les formes du contrat sous lequel le nantissement est déguisé? C'est notre avis.

(1) Duranton, t. XVIII, p. 590, n° 517.
(2) Rejet, 13 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 467).



438. On peut donner en nantissement une chose mobilière : c'est le contrat de *gage*. Le nantissement d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* (art. 2072). De là la division de la matière.

CHAPITRE Ier.

DU GAGE.

SECTION I. Des conditions requises pour la validité du gage.

§ Ier. *Conditions générales.*

439. Il est de principe que pour constituer une hypothèque il faut être propriétaire de l'immeuble et être capable de l'aliéner (art. 2124 et 2125; loi hyp., art. 73 et 74). Le même principe s'applique à la constitution du gage. En effet, le gage est un droit réel, de même que l'hypothèque, et le droit réel est un démembrement du droit de propriété; constituer une hypothèque ou un gage, c'est donc consentir une aliénation partielle de la chose; or, il faut avoir, pour aliéner partiellement, la même capacité que pour faire l'aliénation totale. Il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner, parce que la faculté de disposer est un des attributs essentiels de la propriété. Il faut de plus être capable d'aliéner, car il y a des propriétaires qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas aliéner, et qui, par suite, ne peuvent consentir une hypothèque ni un gage : tels sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

On donne encore une autre raison du principe d'après lequel il faut être propriétaire et capable d'aliéner pour constituer un gage : c'est que le gage de même que l'hypothèque conduisent à l'aliénation forcée. C'est le droit

du créancier hypothécaire. Quant au créancier gagiste, il ne peut, en principe, disposer du gage, mais il peut faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement, ou qu'il sera vendu aux enchères. Le gage conduit donc à l'expropriation du débiteur (art. 2078 et 2079); en ce sens, engager la chose, c'est consentir à son aliénation éventuelle; voilà pourquoi le débiteur doit être propriétaire et capable d'aliéner.

440. Par application de ce principe, on décide que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. En est-il de même du gage qui serait constitué sur la chose d'autrui? En principe, oui, mais dans l'application il y a des différences qui résultent de la nature mobilière du gage et des principes particuliers qui régissent la propriété des meubles.

Le propriétaire a un pouvoir absolu qu'il exerce envers et contre tous; lorsqu'on dispose de sa chose en l'aliénant, en la grevant d'un droit réel, ces actes ne peuvent porter aucune atteinte à son droit; il revendique sa chose, il la met entre les mains de tout tiers détenteur, sans tenir aucun compte des actes d'aliénation ni des concessions de droits réels qu'un tiers aurait consentis. Toutefois ce pouvoir absolu souffre une grave modification quand la chose est mobilière. En fait de meubles, la possession vaut titre. Cette règle du droit français s'oppose à ce que le propriétaire revendique la chose mobilière qui lui appartient, entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi; la revendication n'est admise que par exception et pendant trois ans, s'il s'agit d'une chose volée ou perdue. Le créancier gagiste peut-il invoquer le principe de l'article 2279 contre le propriétaire qui revendiquerait sa chose contre lui? L'affirmative n'est pas douteuse, pourvu que le créancier soit de bonne foi, c'est-à-dire pourvu qu'il ait ignoré, en recevant la chose à titre de gage, que cette chose n'appartenait pas au débiteur; dès que le possesseur est de bonne foi, et que le titre même de sa possession n'en prouve pas la précarité, il peut se prévaloir de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; cette maxime protége tous les possesseurs qui ont acquis un droit sur la chose,

soit comme acheteurs, soit en vertu d'un droit réel, tel qu'usufruit ou gage (1). Il peut paraître singulier qu'un simple droit réel l'emporte sur le droit absolu de propriété; la raison en est, comme nous le dirons au titre de la *Prescription,* qu'il y a un intérêt général en cause, l'intérêt du commerce et de la libre circulation des choses mobilières. Mais le créancier gagiste ne peut plus invoquer la maxime de l'article 2279, s'il est de mauvaise foi, et il est de mauvaise foi quand il reçoit comme gage une chose qu'il sait ne pas appartenir au débiteur qui la lui remet à ce titre. Le propriétaire est admis, en ce cas, à revendiquer la chose contre le créancier gagiste, comme il pourrait la revendiquer contre un acheteur de mauvaise foi. La revendication serait encore admise si la chose engagée était une chose volée ou perdue (2).

Nous avons supposé jusqu'ici le propriétaire revendiquant la chose contre le créancier gagiste. Il nous reste à voir quels seront les rapports entre le débiteur et le créancier à qui il a remis comme gage une chose qui ne lui appartient pas. Le gage est nul; mais qui peut se prévaloir de la nullité? Il va sans dire que le créancier peut obliger le débiteur à lui donner un autre gage; on applique ici, par analogie, ce que nous avons dit, au titre des *Obligations,* sur l'article 1238 : quand le débiteur paye une chose qui ne lui appartient pas, le créancier peut exiger que le débiteur lui remette une autre chose dont il ait la propriété. On objecte vainement que le créancier est à l'abri de la revendication, puisqu'il peut la repousser en vertu de l'article 2279; on répond à l'objection que c'est au créancier seul de voir s'il lui convient d'opposer la prescription de l'article 2279 ou de ne pas l'opposer. Quant au débiteur, il ne peut pas répéter la chose qu'il a remise en gage; il ne le peut pas comme propriétaire, puisqu'il ne l'est point; il ne le peut pas en vertu de la nullité du gage, car la nullité n'est pas établie dans son intérêt; donc il ne

(1) Comparez Bordeaux, 26 mai 1873 (Dalloz, 1876, 2, 23).
(2) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. VIII, p. 100), et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 700, note 1, § 432. Pont, t. II, p. 576, n° 1074).

peut pas l'invoquer. Il est vrai que, dans notre opinion, le débiteur qui paye une chose dont il n'est pas propriétaire peut la répéter, mais cela tient à une raison de texte qui est étrangère à notre débat. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1238 (t. XVII, n° 499).

441. Le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre n'est applicable qu'aux meubles corporels et aux titres au porteur transmissibles par la tradition manuelle; nous dirons, au titre de la *Prescription*, que l'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels, dont la propriété ne s'acquiert que par l'accomplissement de certaines formalités : telles sont les valeurs nominatives, qui sont soumises à un transfert régulier. Le propriétaire peut donc les revendiquer si elles ont été aliénées par un tiers non propriétaire; il peut, par conséquent, agir en revendication contre le créancier gagiste.

La question a été jugée en ce sens par la cour de cassation dans l'espèce suivante. Après la mort de sa femme, un négociant donne en gage à son créancier douze actions nominatives d'une société charbonnière. Ses enfants, ayant renoncé à sa succession, revendiquèrent la moitié des actions comme héritiers de leur mère. La cour de Douai leur donna gain de cause. En effet, les époux étant mariés sous le régime de la communauté, les actions, quoiqu'elles fussent au nom du mari, étaient devenues la copropriété de la femme et lui appartenaient pour moitié. Après la dissolution de la communauté, le mari ne pouvait plus disposer que de sa part dans lesdites actions; en donnant toutes les actions en gage, il avait disposé de créances appartenant aux héritiers de sa femme; ceux-ci étaient donc en droit de les revendiquer (1).

442. Les personnes incapables d'aliéner sont par cela même incapables de constituer un gage. Nous avons exposé les principes ailleurs (2). La loi sur les faillites contient des

(1) Rejet, 17 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 145).

(2) Jugé, par application de ce principe, que la femme mariée ne peut donner en gage des effets mobiliers qui ne lui appartiennent pas, pour une dette contractée sans autorisation maritale (Cassation, 12 janvier 1874, Dalloz, 1874, 1, 153).

dispositions spéciales sur le gage et l'hypothèque que le failli constitue avant la déclaration de faillite. Une fois la faillite déclarée, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens; donc il ne peut plus constituer de gage. Mais il arrive fréquemment que les débiteurs insolvables cherchent à se procurer du crédit en donnant aux prêteurs en nantissement des choses mobilières; ce qui diminue d'autant le gage commun quand la faillite vient à éclater. Ces gages sont-ils nuls? Il faut distinguer. Si un gage est constitué depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, le nantissement est nul et de nul effet, parce qu'il est présumé fait en fraude des autres créanciers. Cela suppose que la dette était antérieurement contractée et que le but du nantissement a été d'avantager l'un des créanciers au préjudice des autres. Si le gage est constitué depuis la cessation de payements, en même temps que les parties contractent l'obligation principale, l'acte n'est plus nul en vertu de la loi; la validité du contrat accessoire dépend, dans ce cas, de la validité du contrat principal; et celui-ci peut être annulé suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant qu'il a été fait de bonne foi ou en fraude des autres créanciers (1).

443. L'article 2071, qui définit le nantissement, suppose que c'est le débiteur qui remet une chose à son creancier pour sûreté de la dette. Tel est, en effet, le cas ordinaire. Toutefois le gage peut aussi être constitué par un tiers pour le débiteur. L'article 2077 le dit, et cela est d'évidence. Je puis consentir une hypothèque sur mon héritage pour la garantie de la dette d'un tiers, puisque je suis libre de disposer de mes biens comme je l'entends. Par la même raison, je puis donner un meuble en gage pour faire plaisir à un tiers, dit Pothier. Il y a, dans ce cas, deux conventions : d'abord, entre moi et le débiteur, il y a un lien juridique qui découle d'un mandat ou d'une gestion d'affaires; puis il se forme un contrat de nantissement entre moi et le créancier; il n'y a aucune différence entre

(1) Loi belge du 18 avril 1851, art. 445 et 446. Loi française, ou nouveau code de commerce, art. 446 et 447. Comparez Rejet, 18 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 424), et Pont, t. II, p. 573, nº 1071.

ce contrat et celui que le débiteur forme lui-même (1).

444. Quelles choses peuvent être données en gage? Aux termes de l'article 2118 (loi hyp., art. 45), sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immobiliers qui sont dans le commerce et l'usufruit des mêmes biens. Par analogie, faut-il dire que sont susceptibles d'être données en gage toutes les choses mobilières qui sont dans le commerce? Cela est vrai en général; il faut que les choses soient dans le commerce, parce qu'elles sont destinées à être vendues si le débiteur ne paye pas; et il suffit aussi qu'elles soient dans le commerce. Toutefois il y a une condition requise pour la validité de tout gage, qui vient modifier ce principe. Aux termes de l'article 2076, le gage doit être mis et rester en possession du créancier; cela est essentiel, non-seulement pour l'existence et la conservation du privilége, cela est aussi nécessaire pour les droits que le créancier gagiste a à exercer à l'égard du débiteur. Nous reviendrons plus loin sur le principe; il en résulte que les seules choses susceptibles d'être données en gage sont celles qui peuvent être remises au créancier gagiste; si le débiteur ne peut pas être dessaisi de la chose, le contrat de gage ne peut pas se former. La cour de Paris l'a jugé ainsi dans une espèce où un boulanger avait donné en gage le numéro ou permission de police nécessaire à la profession de boulanger. Ce numéro, dit la cour, ou cette permission, nécessaire pour l'exercice de l'industrie, constitue une faculté purement personnelle, dont le titulaire en exercice ne peut être un instant dessaisi. Les parties avaient essayé de simuler une mise en possession, en signifiant la convention de gage au préfet de police et au syndicat de boulangerie; mais ces significations indiquaient seulement la volonté de transmettre une espèce de possession au créancier; il est bien certain qu'elles n'équivalaient pas même à une tradition symbolique. L'arrêt ajoute que l'on ne conçoit pas davantage le droit de gage frappant le fonds de commerce ou l'achalandage; comment veut-on qu'un boulanger se dessaisisse un instant de sa clientèle, sans

(1) Pont, t. II, p. 632, nº 1141.

laquelle son industrie devient un non-sens? La cour conclut qu'il n'y avait pas de gage valable, ni, par conséquent, de privilége (1).

On a prétendu que les œuvres de l'esprit échappent au contrat de nantissement. Dans l'espèce, il s'agissait de pierres et de planches gravées représentant des œuvres musicales. La cour de Paris répond que l'œuvre de l'esprit, dès qu'elle se réalise extérieurement par l'impression, la gravure ou la lithographie, constitue une propriété; donc un bien mobilier, tout ensemble incorporel et corporel; et qu'à ce double titre le droit et les objets matériels qui en sont le signe peuvent être donnés en gage (2).

445. Les choses incorporelles peuvent être données en gage; l'article 2075 le dit implicitement. En théorie, d'ailleurs, cela ne fait aucun doute : les droits sont dans le commerce, et ils sont susceptibles de possession (art. 1607). On a fait une objection en ce qui concerne les rentes sur l'Etat : elles sont insaisissables, dit-on, donc non susceptibles d'être frappées d'un gage. La conséquence n'est pas logique; tout ce qui résulte de ce que les rentes sont insaisissables, c'est qu'elles ne sont pas soumises à l'exécution forcée que le créancier peut pratiquer sur tous les biens de son débiteur; mais de là ne suit pas que les rentes soient hors du commerce; on les vend tous les jours, donc on peut aussi les donner en gage. C'est une pratique très-usuelle : le créancier, quand le débiteur ne paye pas, a le droit de faire vendre les rentes qui lui sont engagées, en observant les formes prescrites par la loi du 28 floréal an VII (3).

§ II. *Des conditions de forme prescrites dans l'intérêt des tiers.*

446. Le principal effet du gage concerne les tiers, puisque le but du gage est de conférer au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers (art. 2073). Toutefois

(1) Paris, 26 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 218).
(2) Paris, 15 janvier 1874 (Dalloz, 1875, 2, 43).
(3) Paris, 13 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 93).

le gage produit aussi des effets entre le créancier et le débiteur. Ainsi le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses que celui-ci a faites pour la conservation du gage. Nous traiterons plus loin cette matière en détail. L'intérêt des tiers a fait prescrire des conditions de forme en matière de gage, comme en matière d'hypothèques et de priviléges. Aux termes de l'article 2074, le créancier gagiste ne peut exercer son privilége qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Ces formes sont-elles de l'essence du gage, de sorte qu'elles doivent être remplies pour que le gage existe? Le texte même de l'article 2074 prouve que les formes qu'il établit ne concernent que les tiers. Après avoir dit que le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par *privilége* et *préférence aux autres créanciers*, le code ajoute : « Ce *privilége* n'a lieu qu'autant qu'il y a eu un acte public ou sous seing privé, etc. » Donc c'est pour assurer son droit de préférence que le créancier gagiste doit remplir les formalités que prescrit l'article 2074. Ces formalités sont, par conséquent, étrangères aux rapports que le gage établit entre le créancier et le débiteur, indépendamment du privilége. L'argument de texte est confirmé par les travaux préparatoires. Le rapporteur du Tribunat dit que, quant à la forme, il faut distinguer : « S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie sont celles prescrites par la loi des contrats ou des obligations conventionnelles en général. » C'est dire qu'entre le créancier et le débiteur on applique le droit commun. « Mais, dit Gary, si cette convention doit être opposée à des *tiers*, si le détenteur du gage réclame, au préjudice de ces tiers, le privilége que la loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage ou la convention dont elle est l'effet aient une date certaine qui exclue toute idée de fraude et de collusion entre ce détenteur et le propriétaire du gage. Sans cette précaution, un débiteur infidèle,

au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être mis sous la main de la loi, parviendrait, par des intelligences criminelles, à les soustraire à l'action de ses créanciers. » C'est-à-dire que le débiteur insolvable, dont les biens vont être saisis, pourrait s'entendre avec un de ses créanciers pour créer en sa faveur un gage qui n'existait pas, et soustraire ainsi à l'action des autres créanciers les biens qu'il lui remettrait; ou, s'il existait un gage, mais de peu de valeur, le débiteur de mauvaise foi pourrait, de complicité avec le créancier gagiste, lui remettre des valeurs précieuses qui diminueraient son patrimoine au préjudice de la masse. Voilà pourquoi, continue Gary, la loi veut que le privilége accordé au créancier n'ait lieu que sous des conditions qui garantissent les droits des autres créanciers. Cette interprétation est confirmée par la tradition; les auteurs du code ont emprunté l'article 2074 à l'ordonnance de 1673 (titre VI, art. 8 et 9), laquelle n'avait jamais été appliquée que dans l'intérêt des tiers (1).

447. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Un débat s'élève entre le créancier gagiste et le débiteur; le privilége du créancier n'est pas en cause; les tiers ne sont pas intéressés, ils n'agissent point. Le débiteur demande la nullité du gage, en se fondant sur ce que l'acte qui le constate n'a pas été enregistré. Les auteurs et les arrêts s'accordent à décider que le débiteur ne peut pas se prévaloir de l'inobservation de l'article 2074; les formes prescrites par cet article concernent uniquement l'intérêt des tiers; elles n'ont qu'un seul but, c'est de garantir les tiers contre les fraudes que le débiteur, de complicité avec un créancier, voudrait commettre à leur préjudice. Or, entre le débiteur et le créancier gagiste, il ne peut être question de fraude; donc il ne peut s'agir de formalités qui ont pour objet de la prévenir (2).

Entre le créancier gagiste et le débiteur, le débat ne porte que sur l'existence de la convention dont la loi règle

(1) Gary, Rapport, n° 7 (Locré, t. VIII, p. 104).
(2) Duranton, t. XVIII, p. 586, n° 512. Pont, t. II, p. 592, n° 1096. Rejet, 31 mai 1836 et 13 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Nantissement*, nos 80 et 77). Arrêt de la Guadeloupe, du 1er juillet 1872 (Dalloz, 1874, 2, 95).

les effets. Comment se prouve la convention de gage? Comme toute convention, d'après le droit commun qui régit les preuves. Faut-il nécessairement un acte pour prouver le contrat? Non, car les conventions peuvent s'établir par témoins, quelle que soit la valeur pécuniaire de la chose, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Et, en matière commerciale, la preuve testimoniale est toujours admissible; si donc le gage est donné pour sûreté d'une dette de commerce, le nantissement prenant le caractère de l'obligation principale, la convention de gage sera un contrat commercial, et, par conséquent, la preuve pourra s'en faire indéfiniment par témoins (1); donc, par présomptions, puisque le juge peut décider par voie de présomptions quand la loi admet la preuve testimoniale (2).

Mais, dès que l'intérêt d'un tiers est en cause, le gage ne peut plus s'établir d'après le droit commun; l'article 2074 doit recevoir son application. Un commissionnaire remet en gage, pour sûreté d'un prêt fait dans son intérêt, trois connaissements relatifs à 158 balles de laine appartenant à des tiers expéditeurs. Ceux-ci revendiquent leurs marchandises : le créancier gagiste pouvait-il leur opposer son droit de gage? Nous avons répondu, avec la doctrine, que le créancier de bonne foi pouvait opposer son droit de gage au propriétaire revendiquant (n° 440); mais cela suppose que le gage est établi; et comment doit-il l'être quand les tiers sont intéressés? Conformément à l'article 2074; or, dans l'espèce, aucune des formalités prescrites par la loi n'avait été observée; il n'y avait eu qu'une simple remise des connaissements. Cela suffisait entre les parties; à l'égard des tiers, il fallait un acte ayant date certaine, comme nous allons le dire. Donc il n'y avait pas de gage à l'égard des tiers; partant, le créancier gagiste ne pouvait s'opposer à la revendication (3).

448. L'article 2074 porte : « Ce privilége n'a lieu

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 28 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 1, 317).
(2) Rejet, 31 mai 1836 précité, p. 438, note 2.
(3) Bruxelles, 28 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 232).

qu'autant qu'il y a un *acte* public ou sous seing privé. » Il faut un acte, non pour la preuve, mais pour garantir les intérêts des tiers. S'il ne s'agissait que d'une question de preuve, la loi aurait dû admettre les témoignages avec un commencement de preuve par écrit, puisque, dans le système du code, cette preuve équivaut à la preuve littérale. La loi ne s'en contente pas, elle veut un acte; le nantissement prend donc le caractère d'un acte solennel à l'égard des tiers; l'acte est une condition d'existence du gage qu'aucune autre preuve ne peut suppléer. Vainement invoquerait-on contre les tiers leur aveu, ou leur déférerait-on le serment sur l'existence du gage; le serment et l'aveu ne tiennent pas lieu d'acte, et sans acte il n'y a pas de gage à l'égard des tiers.

449. La loi exige un acte *public* ou sous seing privé. Qu'entend-elle par acte *public?* L'acte *public* est opposé à l'acte sous seing privé; or, il n'y a que deux espèces d'actes, les actes sous seing privé et les actes authentiques; donc par acte *public* la loi doit entendre un acte authentique, c'est-à-dire un acte notarié. Le code se sert encore, dans d'autres dispositions, de ce terme d'*acte public,* notamment pour désigner le testament reçu par notaire (art. 969 et 971). En principe, il n'y a que les actes reçus par notaire qui aient le caractère public ou authentique, sauf dans les cas où la loi déclare d'autres officiers compétents pour recevoir certains actes. Or, la loi ne contient aucune exception au droit commun en ce qui concerne le gage. On enseigne cependant le contraire : tout acte d'une administration publique, dit-on, suffit pour la validité du gage, s'il est dressé dans le cercle de ses attributions (1). Nous ne voyons pas sur quoi cette interprétation se fonde. L'ordonnance de 1673 exigeait un acte notarié avec minute; le code a remplacé cette expression par celle d'*acte public,* qui a le même sens. Donc la tradition vient à l'appui de notre opinion. D'ailleurs la loi, voulant donner un caractère solennel à la convention de gage, devait exiger l'intervention d'un officier public qui, par la nature de ses fonctions, sait quelles

(1) Pont, t. II, p. 584, n° 1088.

formalités doivent être remplies, et assure ainsi la validité de la convention de gage; on n'aurait pas cette garantie si l'on se contentait d'un acte administratif.

450. On a prétendu qu'il fallait un acte spécial dressé pour constater la convention de gage. Cela n'est pas sérieux. La loi veut un acte public ou sous seing privé contenant les déclarations qu'elle prescrit; dès qu'il y a un acte, le vœu de la loi est satisfait. D'ordinaire la convention de gage se fait en même temps que l'obligation principale. Dans l'espèce, le mari avait constitué un gage au profit de sa femme pour assurer la restitution de la dot : la dot étant constituée par contrat de mariage, il était très-naturel d'y insérer également la convention de gage. La cour de Bordeaux déclara la convention valable (1), et la question ne présente pas l'ombre d'un doute.

451. La loi permet aux parties de rédiger un acte sous seing privé, mais, dans ce cas, elle veut qu'il soit enregistré. On demande si l'enregistrement est de rigueur, ou s'il suffit que l'acte ait date certaine, conformément à l'article 1328, par la mort de celui qui l'a souscrit, ou par la relation de sa substance dans un acte notarié. La question est controversée, et elle est douteuse. D'après la rigueur des principes, il faudrait décider que l'enregistrement est une formalité essentielle. L'enregistrement et les autres formalités de l'article 2074 sont prescrits, non comme preuve du contrat de gage, mais comme condition de l'existence du privilége; il ne s'agit donc pas de l'application du droit commun qui régit la preuve, c'est plutôt une dérogation au droit commun, en ce sens que la loi établit des formalités spéciales qui doivent être observées pour que le privilége existe à l'égard des tiers. Or, il est de principe que les conditions exigées pour l'existence d'un privilége sont de rigueur, on ne peut pas admettre d'équipollents en cette matière. La loi veut l'enregistrement, elle le dit à deux reprises, dans le premier et dans le deuxième alinéa : cela est décisif (2).

(1) Bordeaux, 8 juin 1832 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 192, 1°).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 701, note 7, § 432, et les auteurs qu'ils citent.

L'opinion contraire est consacrée par la jurisprudence, et elle est enseignée par la plupart des auteurs. Nous citerons un arrêt très-bien rédigé de la cour de Gand, confirmé par un arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique. Pourquoi l'article 2074 exige-t-il que l'acte sous seing privé constatant la convention de gage soit enregistré? C'est pour donner au gage une date certaine qui empêche les fraudes que le débiteur, de complicité avec un créancier, voudrait pratiquer au préjudice des tiers. Or, les moyens indiqués par l'article 1328 donnent date certaine à l'acte aussi bien que l'enregistrement; dès lors il n'y avait aucune raison de prescrire l'enregistrement pour l'existence du privilége à l'égard des tiers; il suffisait d'exiger une date certaine pour le gage; or, les circonstances qui, d'après l'article 1328, assurent date certaine à l'acte, rendent toute antidate impossible; la certitude de la date étant assurée, pourquoi le législateur ne s'en serait-il pas contenté? Au point de vue des textes, la réponse est très-facile; la loi ne se contente pas de la date certaine, comme elle le fait dans d'autres dispositions du code civil (art. 1420, 1558, 1743, 1750 et 2102, n° 1); elle veut l'enregistrement. On insiste, et l'on dit qu'il faut interpréter le texte par la volonté du législateur; or, le rapporteur du Tribunat explique la condition de l'enregistrement en ce sens que la convention doit avoir date certaine. A notre avis, les travaux préparatoires n'ont pas l'importance que d'ordinaire on y attache. S'il est vrai que le texte doive être interprété à la rigueur, le rapporteur du Tribunat n'a pas le droit de remplacer le mot *enregistrement* par les mots *date certaine*; ce serait altérer la loi au lieu d'en exposer les motifs. La cour de Gand répond encore à un autre argument que l'on avait invoqué en faveur de l'interprétation rigoureuse du texte. Il n'y a pas lieu à interprétation, disait-on, quand le texte de la loi est clair et formel; l'article 2074 exige un acte enregistré comme condition de l'existence du privilége; ce texte ne soulève aucun doute; dès lors il faut le prendre tel qu'il est. La cour répond que cela n'est pas exact. Quand une loi, entendue à la lettre, présente un sens que rien n'explique ni ne justifie, il faut interpréter ce texte par les autres dis-

positions du code, qui lui donnent une signification que la raison puisse accepter. Or, si l'on isole l'article 2074 de l'article 1328, si l'on s'en tient à la lettre de la loi, qui exige l'enregistrement, en excluant les autres modes légaux qui donnent date certaine à un acte, on aboutit à une conséquence que le droit et la raison désavouent. Cette considération serait décisive, il est vrai, s'il s'agissait d'une matière dans laquelle l'interprète conserve sa liberté d'action. Mais il s'agit d'un privilége et de l'intérêt des tiers; il n'appartient pas à l'interprète de changer les conditions que la loi établit. La cour de cassation n'a fait que reproduire les arguments auxquels nous venons de répondre (1). La cour de cassation de France s'est prononcée dans le même sens (2).

452. Une chose est certaine au milieu de tant d'incertitudes, c'est qu'en admettant que l'article 1328 soit applicable, cette disposition est restrictive. Quant au principe, nous renvoyons au titre des *Obligations*; et il ne saurait y avoir de doute sur l'application du principe au gage, une fois que l'on admet que l'article 2074 n'est que l'application de l'article 1328. Dans notre opinion, la chose est évidente, puisque nous considérons l'enregistrement comme une solennité prescrite pour l'existence du privilége. Il a été jugé que le timbre de la poste ne suffit point pour donner date certaine à la convention de gage qui serait relatée dans une lettre (3).

453. La loi ne dit pas quand l'acte doit être enregistré, pas plus qu'elle ne dit quand une hypothèque doit être inscrite : elle s'en rapporte à l'intérêt du créancier. Tant que l'acte n'est pas enregistré, le créancier ne peut pas opposer son droit de gage aux tiers; il est donc très-intéressé à faire enregistrer l'acte immédiatement. S'il ne le fait pas, les tiers pourront acquérir sur la chose engagée un droit qui rendra le gage inefficace. Avant que l'acte soit enregis-

(1) Gand, 27 juillet 1867 et Rejet, 29 mai 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 339).

(2) Rejet, chambre civile, 17 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 125). Dans le même sens, les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 701, note 7, § 432.

(3) Aix, 27 mai 1845 (Dalloz, 1845, 2, 118); Montpellier, 4 janvier 1853 (Dalloz, 1854, 2, 172).

tré, un créancier du débiteur commun pratique une saisie-arrêt sur la chose entre les mains du créancier gagiste : celui-ci ne pourra pas se prévaloir de son privilége, car il n'en a pas, et il ne peut plus en acquérir au préjudice du créancier saisissant (1). Et si le débiteur tombait en faillite, l'enregistrement ne pourrait plus être fait utilement à partir du jugement qui déclare la faillite, ni même à partir de l'époque que le tribunal fixe comme étant celle de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, si le gage avait été donné pour une dette contractée antérieurement (n° 442) (2).

454. Il ne suffit pas qu'il y ait un acte enregistré, ou ayant date certaine, dans l'opinion générale; la loi veut que l'acte contienne certaines déclarations. D'abord, celle de la somme due; le motif est toujours la crainte de la fraude et l'intérêt des tiers; si la somme n'était pas fixée, les parties pourraient la grossir frauduleusement, soit pour avantager un créancier aux dépens des autres, soit pour frustrer la masse commune. En matière d'inscription hypothécaire, le code exige de plus que le créancier indique la date de la créance, sa nature ou sa cause, ainsi que l'époque de l'exigibilité; il serait aussi utile aux tiers de connaître ces circonstances, en matière de gage; mais, comme la loi ne les prescrit point, l'interprète ne peut pas les exiger; les priviléges dépendent exclusivement de la loi, on n'en peut rien retrancher et rien y ajouter; toute modification tendrait à restreindre le privilége ou à l'étendre, ce que le législateur seul a le droit de faire (3),

L'application de la loi ne souffre aucune difficulté dans les cas où il est possible de déterminer le montant de la créance. Il y a des créances indéterminées : telle est une créance de dommages-intérêts. Suffirait-il, pour la validité du contrat de gage, que l'acte fît mention du droit aux dommages-intérêts sans aucune évaluation? Non, la loi veut que l'acte déclare quelle est la *somme* due; il faut donc que les parties fixent un chiffre, comme cela se fait en ma-

(1) Rejet, 11 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 252).
(2) Duranton, t. XVIII, p. 587, n° 513, Pont, t. II, p. 589, n° 1092.
(3) Duranton, t. XVIII, p. 591, n° 518.

tière d'hypothèque (art. 2132, et loi hyp., art. 80). Si la somme n'était pas déterminée, le gage serait nul. Il en serait de même de l'ouverture d'un crédit; si le crédit est fixé, la somme que le crédité pourra devoir sera par cela même certaine, sauf à prouver que les deniers ont été fournis. Si le crédit était illimité, la convention de gage devrait fixer une somme, sous peine de nullité; le créancier ne peut avoir de privilége que jusqu'à concurrence de la somme déclarée dans l'acte, quand même le crédit dépasserait ce chiffre; il devrait avoir soin, dans ce cas, de faire une nouvelle convention de gage (1).

Que faut-il décider si l'obligation principale consiste à faire? Telle serait l'obligation d'un agent comptable. Le cas s'est présenté pour un agent de la Société Générale, lequel avait affecté à la garantie de sa gestion 50 actions industrielles, sans que l'acte précisât le montant de la créance éventuelle à laquelle pouvait s'élever le droit de la société contre son agent. Celui-ci étant tombé en faillite, les curateurs soutinrent que la constitution de gage était nulle. La cour de Gand et, sur pourvoi, la cour de cassation se prononcèrent pour la validité (2). Cette décision nous paraît très-douteuse. L'article 2074 est formel : « Ce privilége *n'a lieu* qu'autant qu'il y en a un acte contenant la déclaration de la somme due. » La déclaration est donc une condition essentielle, sans laquelle il n'y a pas de privilége. Pour échapper à l'application de cette disposition, la cour de Gand dit qu'elle doit s'entendre du cas qui arrive le plus souvent, où le gage a été donné pour sûreté d'un prêt, ou de toute autre obligation certaine et déterminée: telle était, en effet, l'hypothèse prévue par l'ordonnance de 1673, à laquelle les auteurs du code ont emprunté l'article 2074. L'argument historique est faible; qu'importe que l'ordonnance n'ait prévu que le prêt d'une somme d'argent? Est-ce que le code limite la disposition de l'article 2074 à telle ou telle obligation? La loi est conçue dans les termes les plus généraux : pas d'indication de la somme due, pas

(1) Paris, 3 juin 1844 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 90).
(2) Gand, 27 juillet 1867 et Rejet, 29 mai 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 339).

de privilége. Il est impossible, dit la cour de Gand, d'appliquer l'article 2074 à une obligation de faire. Soit; tout ce qu'on en peut conclure, c'est que le créancier gagiste n'aura pas de privilége; et s'il veut en avoir un, il doit déterminer une somme dans l'acte de gage; cela n'est pas plus impossible pour les agents d'une Banque que pour les agents comptables de l'Etat, de la province, de la commune, ou des établissements publics; si l'inscription des hypothèques légales peut être spécialisée quant à la créance, la convention de gage peut aussi évaluer le montant de la créance indéterminée du banquier. La loi ne l'exige pas pour le gage, dit la cour de Gand. Et qu'est-ce donc que les termes absolus de l'article 2074? Si le créancier gagiste objecte qu'aucune loi ne l'oblige à évaluer le montant de sa créance, nous lui répondrons, le texte à la main, que, sans déclaration de la somme due, il n'aura pas de privilége.

455. Enfin, l'article 2074 veut que l'acte déclare l'*espèce* et la *nature* des choses remises en gage, ou qu'il y ait un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Le but de cette indication est également d'empêcher la fraude; la loi prescrit une déclaration des choses engagées, assez précise pour que le débiteur ne puisse pas, de complicité avec le créancier, remplacer celles qu'il a données en gage par des choses plus précieuses qu'il voudrait soustraire aux autres créanciers. Quand l'indication sera-t-elle assez précise pour atteindre ce but? C'est une question de fait dont la solution est très-importante, puisque la validité du gage en dépend : le juge maintiendra le gage ou l'annulera, selon que la déclaration lui paraîtra suffisante ou insuffisante. Nous renvoyons aux décisions judiciaires (1), en nous bornant à citer celles que l'on ne trouve pas dans les recueils français.

Un débiteur donne en gage les livres et les rayons d'une bibliothèque. Le curateur à la succession vacante agit en restitution de ces objets, en soutenant que la constitution de gage est nulle; ce qui était évident, puisque aucune des

(1) Voyez les arrêts cités ou rapportés dans Pont, t. II, p. 591, nº 1095; Aubry et Rau, t. IV, p. 701, note 8, § 432, et (Dalloz, au mot *Nantissement*, nºˢ 92 et 93).

formalités prescrites par l'article 2074 n'avait été observée. Or, le débat n'existait point entre le débiteur et le créancier ; le débiteur était décédé, la veuve avait renoncé à la communauté, et aucun héritier ne réclamait la succession; le créancier gagiste était donc en conflit d'intérêt avec les créanciers du défunt, représentés par le curateur à la succession vacante; ce qui était décisif. La cour de Bruxelles jugea qu'il n'y avait point de gage (1).

Que faut-il décider s'il n'a été satisfait que partiellement à la prescription de l'article 2074? Tous les auteurs critiquent un arrêt de la cour de cassation qui a invalidé, dans cette hypothèse, toute la convention de gage. Il est certain qu'il ne saurait être question d'indivisibilité en cette matière. Aussi la cour n'invoque-t-elle pas ce principe. Elle constate d'abord, d'après l'arrêt attaqué, que l'article le plus important, consistant en une bibliothèque de 15,000 volumes, n'était point désigné suivant le vœu de l'article 2074. « D'après cela, dit la cour, et les circonstances particulières, la cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, déclarer nul pour le tout l'acte de nantissement dont il s'agissait. » La cour ne dit pas quelles étaient ces *circonstances particulières*, que l'on est étonné de voir invoquées par la cour de cassation, alors que le juge du fait n'en parlait point. C'est un moyen banal de transformer une question de droit en une question de fait; or, dans l'espèce, il y avait un point de droit; la cour d'appel avait jugé qu'une partie du gage se trouvait suffisamment décrite; dès lors il fallait maintenir le gage pour cette partie, au lieu de l'annuler pour le tout (2).

456. L'article 2074 ajoute : « La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 francs. » Quels sont les motifs de cette exception? On a dit que c'est l'application de la règle établie par l'article 1341. Cela n'est pas tout à fait exact. La rédaction d'un acte, les déclara-

(1) Bruxelles, 3 juin 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p 395).
(2) Rejet, section civile, 4 mars 1811 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 94). Comparez Duranton, t. XVIII, p. 595, n° 522; Aubry et Rau, t. IV, p. 702, note 9, § 432. Pont, t. II, p. 592, n° 1096.

tions qu'il doit contenir et l'enregistrement sont des solennités prescrites dans l'intérêt des tiers, ce n'est pas une question de preuve; or, l'article 1341 ne concerne que la preuve, il est étranger à l'intérêt des tiers. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi a tenu compte de la modicité de l'intérêt que les tiers avaient à ce que le débiteur remplît des formalités coûteuses, alors qu'il s'agit d'une valeur moindre de 150 francs; et c'est surtout pour les dettes modiques que le gage est usité, puisque le débiteur ne peut pas donner d'autre garantie au créancier; il fallait donc, pour rendre ces conventions possibles, dispenser les parties de remplir les formalités de l'article 2074.

Que faut-il entendre dans l'article 2074 par ces mots : « En *matière* excédant la valeur de 150 francs »? Ils se rapportent au montant de l'intérêt pour lequel il y a conflit entre le créancier gagiste et les autres créanciers. Il faut donc considérer tout ensemble le chiffre de la dette principale et la valeur de la chose donnée en gage. Le prêt est de 200 francs, et le créancier a reçu un gage de 100 fr. seulement : l'exception de l'article 2074 recevra son application; en effet, quoique le créancier réclame 200 francs, il n'est privilégié que pour 100 francs, son privilége ne pouvant pas dépasser la valeur du gage; il n'est donc en conflit avec la masse chirographaire que pour une somme de 100 francs; dès lors on se trouve dans le cas de l'exception que le législateur a eue en vue, la modicité de l'intérêt qui fait l'objet du litige. Supposons maintenant que la créance soit de 100 francs, et que le gage en vaille 200 : le privilége existera encore indépendamment des formalités prescrites par la loi; car le créancier ne réclame pas son privilége pour 200 francs, il ne le réclame que pour une valeur de 100 francs, montant de sa créance, le privilége ne pouvant jamais dépasser la créance dont il assure le payement; sur le prix provenant de la vente de l'objet engagé, le créancier touchera 100 francs et le restant appartiendra à la masse (1).

457. L'article 2084, placé à la fin du chapitre du *Gage*,

(1) Duranton, t. XVIII, p. 585, n° 511, et tous les auteurs.

porte : « Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux *matières de commerce,* ni aux *maisons de prêt sur gage autorisées,* et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent. »

On appelle *monts-de-piété* les maisons qui sont autorisées, en vertu de la loi, à faire des prêts sur gages. C'est une de ces vieilles institutions dites de charité qui soulagent quelques misères individuelles et qui perpétuent la misère générale des classes laborieuses, en favorisant leur imprévoyance et leurs folles dépenses (loi du 16 pluviôse an XII et décret du 24 messidor an XII). Cette matière est absolument étrangère à notre travail.

A s'en tenir à la lettre de l'article 2084, les dispositions du code civil sur le nantissement ne recevraient pas d'application en matière de commerce. Tel n'est pas le sens de l'article 2084. Le code de commerce établissait un droit de gage spécial au profit des commissionnaires; l'article 93 portait à cet égard : « Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues pour le compte d'un commettant, a *privilége,* pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, *sur la valeur des marchandises,* si elles sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite. » Ce privilége résultait d'un droit de gage que la loi accordait aux commissionnaires, sans autre condition que celle d'avoir les marchandises en leur possession. En ce sens, le code de commerce dérogeait au code civil, et c'est à ces lois spéciales en matière de commerce que l'article 2084 fait allusion (1).

La jurisprudence admettait encore une autre exception fondée sur l'article 2084 et sur l'article 136 du code de commerce. D'après cette dernière disposition, la propriété des lettres de change se transmet par voie d'endossement; par voie d'analogie, on en inférait que le nantissement des effets négociables se constituait aussi par la voie de l'endos-

(1) Troplong, *Du nantissement,* nos 157-184.

sement, même à l'égard des tiers et sans l'observation des formalités que le code civil prescrit dans l'intérêt de ceux-ci (1). Les lois qui, en France et en Belgique, ont modifié le code de commerce ont donné un nouveau développement à cette exception. D'après ces lois, les dispositions du code Napoléon cessent d'être applicables au nantissement des titres créés sous une forme commerciale, lorsque ces titres sont ou négociables par la voie de l'endossement, ou transmissibles par voie de transfert sur les registres d'une société commerciale ou civile. Nous y reviendrons.

§ II. *Conditions spéciales concernant les meubles incorporels.*

458. Ces conditions sont établies par l'article 2075, lequel est ainsi conçu : « Le *privilége énoncé en l'article précédent* ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. » Il résulte des premiers mots de l'article 2075 que les conditions spéciales qu'il prescrit sont, de même que les conditions générales de l'article 2074, limitées aux rapports du créancier avec les tiers. C'est seulement quand le créancier gagiste réclame un privilége à l'égard des autres créanciers, que l'article 2075 est applicable; il ne l'est pas quand il s'agit des rapports que le gage établit entre le créancier et le débiteur. La jurisprudence est en ce sens; et l'on s'étonne qu'il y ait une jurisprudence, puisque le texte est formel.

Le débiteur peut-il se prévaloir de l'inobservation de l'article 2075 pour réclamer la restitution des créances qu'il a données en gage? On l'a prétendu devant la cour de cassation; la cour répond que les formalités des articles 2074 et 2075 ne regardent que les tiers, que les parties contractantes ne peuvent se prévaloir de leur inobservation; tout

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 707, note 3, § 433.

ce que le débiteur peut soutenir, c'est que la convention de gage n'est pas valable; et, dans l'espèce, la validité de la convention n'était pas contestée (1).

Il a été jugé que les tiers mêmes ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'enregistrement, s'ils n'agissent qu'après que le gage a produit tous ses effets entre le créancier et le débiteur, par la vente du gage opérée en vertu de la convention et par le payement de la créance, accompli à l'aide du prix de vente par voie de compensation. C'est une application du principe que nous venons d'établir. Le créancier, dans l'espèce, ne réclamait pas l'exercice de son privilége, car il n'y a lieu à privilége que lorsque les créanciers sont en concours et en conflit; or, le créancier s'était trouvé seul en présence de son débiteur; il agissait en vertu de la convention de gage, qui lui donnait le droit de se faire payer sur le prix de la chose vendue. Donc il était dans son droit; et quand un tiers intervint pour contester les droits du créancier gagiste, tout était consommé, le créancier avait réalisé son gage, et il avait un droit acquis au prix; l'action était tardive, le tiers ne pouvait pas attaquer ce qui s'était fait, puisque tout s'était fait légitimement (2).

459. L'article 2075, à la différence de l'article 2074, ne distingue pas si la matière excède ou non la valeur de 150 francs; donc, quelle que soit la valeur pour laquelle il y ait conflit entre le créancier gagiste et les tiers, les formalités de la loi doivent être observées. On conçoit qu'il faille un acte, puisque c'est par la voie de l'écrit que le créancier est mis en possession, et la possession est une condition essentielle de l'existence et de la conservation du privilége (art. 2076). Mais l'enregistrement est uniquement prescrit comme garantie en faveur des tiers; et l'on ne voit pas pourquoi la loi assujettit les parties à ces frais lorsque l'intérêt des tiers est si minime. Il y avait même raison de faire une exception pour les meubles incorporels que pour les meubles corporels; et là où il y a même raison, il devrait y avoir même décision.

(1) Rejet, 25 mars 1851 (Dalloz, 1854, 5, 498).
(2) Rejet, chambre civile, 22 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 238).

460. La disposition de l'article 2075 est encore générale sous un autre rapport. Elle s'applique à tous les meubles incorporels ; la loi ajoute : tels que les créances mobilières; ce n'est là qu'un exemple, le principe est applicable à toutes les valeurs mobilières. Toutefois, dans l'application, il s'est présenté des difficultés qui ont trouvé leur solution dans le nouveau code de commerce. Les valeurs mobilières ont pris, depuis la publication du code civil, un développement considérable; de nouvelles formes, inconnues à cette époque, ont été créées; de là le doute sur le point de savoir si elles sont comprises dans le texte de l'article 2075. L'importance de cette matière, quoiqu'elle soit commerciale plutôt que civile, nous engage à y revenir plus loin.

461. Il y a quelques applications civiles qui ont été vivement controversées. Un droit de bail peut-il être donné en gage? Si l'on admet, avec Troplong, que le bail engendre un droit réel et, partant, immobilier, la question ne peut pas même être posée; mais l'opinion de la réalité du droit de bail n'a trouvé faveur ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence; et si le droit du preneur est un droit mobilier, il tombe sous l'application de l'article 2075. Toutefois, dans l'application il se présente des difficultés pratiques; nous citerons l'espèce dans laquelle est intervenu l'arrêt de la cour de cassation qui a mis fin à l'incertitude de la jurisprudence.

Un limonadier s'engage à construire sur une place publique de Lyon un pavillon, dont la ville lui concède la jouissance, pendant cinquante ans, à titre de bail à loyer, moyennant un prix de location de 3,000 francs par an. A l'expiration du bail, le pavillon devait être remis à la ville sans indemnité d'amélioration. Le concessionnaire s'adressa à des entrepreneurs pour la construction du pavillon; et, afin d'assurer le payement des travaux, il remit son bail en nantissement aux constructeurs. La grosse de l'acte de bail fut annexée à l'acte de nantissement, et les deux actes demeurèrent entre les mains du notaire. De plus, l'acte de nantissement fut signifié à la ville bailleresse dans la personne du préfet du Rhône. Les entrepreneurs,

n'étant pas payés, poursuivirent la vente du pavillon, ainsi que du droit au bail, pour être payés par privilége sur le prix à provenir de l'adjudication. Les autres créanciers contestèrent le privilége. De là débat judiciaire. Le tribunal de Lyon décida que le privilége avait été régulièrement constitué.

Le jugement, très-bien motivé, commence par établir que ce n'est pas le pavillon qui a pu être l'objet du nantissement consenti aux entrepreneurs, puisque le pavillon appartenait à la ville; c'est le droit d'occuper le pavillon qui a été l'objet du traité, et c'est uniquement à ce point de vue que la validité du nantissement doit être examinée. Le texte du code tranche la difficulté de droit en permettant de donner en gage des meubles incorporels. Les créanciers qui contestaient la validité du privilége prétendaient que l'article 2076 n'avait pas été observé. Il n'y a pas de privilége sans possession de la chose engagée; or, les entrepreneurs n'avaient pas été mis en possession du pavillon; donc ils ne pouvaient réclamer un privilége. C'était confondre la possession du pavillon avec la possession du droit de bail; le nantissement avait pour objet, non le pavillon, mais le droit d'occuper le pavillon : ce droit est-il susceptible de tradition et de possession? Le code répond à la question, puisqu'il organise la tradition des droits de créance; elle se fait par la remise du titre et par la signification du transport au débiteur. Or, cette double formalité avait été remplie dans l'espèce, le bail, titre constitutif du droit à l'occupation, ayant été remis aux mains d'un dépositaire et le contrat de nantissement ayant été signifié à la ville bailleresse et, partant, débitrice. Par là tombait l'objection concernant la possession du gage. Qu'importe que le débiteur soit resté en possession du pavillon? Le nantissement ne portait pas sur le pavillon, il avait pour objet le droit de bail, et ce droit n'est pas susceptible d'une autre tradition, ni d'une autre possession que celle qui résulte de l'accomplissement des formalités légales; mais il est vrai de dire que le concessionnaire n'avait plus qu'une possession précaire, en vertu du nantissement par lui concédé, puisque les entrepreneurs, créanciers gagistes, étaient nantis du

droit d'occuper les lieux ou de les faire occuper par le concessionnaire définitif du bail. Le tribunal conclut que, le nantissement étant valable, il y avait lieu d'ordonner que le droit au bail du pavillon serait vendu aux enchères, sauf à l'adjudicataire de se faire agréer par l'autorité municipale, pour, sur le prix de l'adjudication, les créanciers gagistes être payés par privilége et préférence aux autres créanciers.

En appel, la décision fut réformée. La cour de Lyon insiste sur la mise en possession du créancier gagiste, et soutient que, dans l'espèce, les créanciers gagistes n'ont pas été mis en possession. C'est à tort, dit-elle, que l'on prétend que le nantissement portait sur une chose incorporelle, le droit au bail, et que la remise de l'acte suffisait pour dessaisir le débiteur et pour saisir les créanciers. La cour répond que ce système blesse les principes évidents en matière de nantissement. Pourquoi la loi exige-t-elle que le créancier soit mis et reste en possession du gage? C'est pour avertir les tiers que la chose, objet du nantissement, a cessé de faire partie du gage commun des créanciers. Il faut donc qu'il y ait un dessaisissement qui frappe les regards, sinon les intérêts des tiers, au lieu d'être sauvegardés, seraient sacrifiés, puisque les créanciers gagistes viendraient leur enlever des valeurs sur lesquelles les tiers devaient compter. Il en serait surtout ainsi du bail donné en nantissement, si la tradition pouvait s'en faire sans que le débiteur perdît la jouissance de la chose louée. Si l'on veut donner en gage un droit de bail, il faut, dit la cour, que le débiteur abandonne aux créanciers gagistes la jouissance de la chose louée; de cette manière, les tiers seront avertis, et ils pourront traiter en toute sûreté.

L'arrêt de la cour de Lyon a été cassé, et il devait l'être. En effet, l'arrêt attaqué ne tenait aucun compte de la nature incorporelle du droit de bail, et il appliquait aux meubles incorporels des règles qui ne peuvent recevoir leur application qu'aux meubles corporels; exiger pour la tradition des droits un dessaisissement matériel du débiteur et une possession réelle du créancier, c'est se mettre en dehors de la loi, qui se contente de la remise du titre et

de la signification au débiteur; en exigeant, outre ces formalités, la dépossession du locataire et la mise en possession des créanciers gagistes, la cour de Lyon dépassait l'article 2076 et le violait (1).

La cour de Lyon avait cependant raison de signaler les dangers que présentait le nantissement d'un droit de bail pour les tiers créanciers. Le mal tient à l'absence d'un système de publicité; le législateur devrait organiser la publicité du nantissement, comme il l'a fait pour les hypothèques et les priviléges immobiliers; le nantissement des valeurs mobilières prend tous les jours une plus grande extension; il n'y a qu'un moyen de sauvegarder les droits des tiers, c'est de rendre public le privilége du créancier gagiste. Le tribunal de commerce de la Seine dit très-bien que le droit au bail des lieux où un commerçant exerce son industrie constitue le gage commun et apparent des créanciers; qu'il ne peut dépendre d'un acte de nantissement resté sans publicité, et que les tiers ignorent nécessairement, de distraire le droit au bail de l'actif de la masse des créanciers. Seulement le tribunal a tort de décider que le nantissement d'un bail est nul (2); c'est faire le procès à la loi. Il y a une lacune, il n'appartient qu'au législateur de la combler. La jurisprudence des cours d'appel est constante dans le sens de la validité du nantissement (3).

462. Un brevet d'invention peut-il être donné en nantissement? En théorie, l'affirmative n'est point douteuse, puisque c'est un meuble incorporel; et aucune loi ne fait exception à la règle pour les brevets d'invention (4). Il se présente cependant une difficulté dans l'application; l'article 2075 exige des conditions spéciales pour la conservation du privilége; or, l'une de ces conditions ne peut pas être remplie pour le brevet d'invention; c'est un droit absolu, un droit réel, il n'y a pas de débiteur; on ne peut donc pas faire la signification au débiteur prescrite par l'article 2075. N'en faut-il pas conclure que, la condition ne

(1) Cassation, 13 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 167).
(2) Paris, 31 mai 1866 (Dalloz, 1867, 2, 10).
(3) Paris, 11 avril 1866 (Dalloz, 1867, 2, 10).
(4) Paris, 29 août 1865 (Dalloz, 1865, 2, 231).

pouvant être remplie, le créancier n'aura pas de privilége? Nous reviendrons sur la question.

463. Quelle est la formalité spéciale que la loi prescrit pour le nantissement des meubles incorporels? Il faut d'abord, dit l'article 2075, un acte public ou sous seing privé, aussi enregistré. La rédaction d'un acte et l'enregistrement sont donc une condition générale prescrite pour le nantissement de toute chose mobilière, corporelle ou incorporelle, sauf la différence que nous venons de signaler quant au montant pécuniaire du litige (n° 459). La difficulté concernant l'enregistrement se représente pour le gage qui porte sur des créances; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 451).

L'article 2075 ajoute que l'acte doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Voilà la formalité spéciale au nantissement des meubles incorporels. La signification de l'acte de gage au débiteur est empruntée à la cession des créances. Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur; il fallait que le débiteur fût averti de la cession, parce que, par l'effet de la vente, il change de créancier et qu'il ne peut plus payer entre les mains du cédant. Le nantissement d'une créance n'a pas pour effet de transporter la propriété de la créance au créancier gagiste; celui qui a donné la créance en gage en reste propriétaire, mais le tiers débiteur de la créance ne peut plus payer au préjudice du créancier gagiste; il fallait donc que le nantissement lui fût signifié. Cette signification a un objet plus général, c'est de saisir le cessionnaire et, par conséquent, le créancier gagiste à l'égard des tiers; ainsi d'abord à l'égard d'un second cessionnaire ou d'un second créancier gagiste, puis à l'égard des créanciers du cédant ou de celui qui a donné la créance en gage. Ce dernier point est d'une grande importance pour le créancier gagiste; le but de la convention de gage est de lui assurer un privilége à l'égard des autres créanciers du débiteur commun; et, dans le système du code, il ne jouit de cette préférence que lorsqu'il a signifié l'acte de gage au débiteur de la créance.

La signification de la créance cédée ou donnée en gage est une espèce de publicité donnée au transport ou au nantissement, publicité insuffisante, comme nous l'avons dit au titre de la *Vente;* notre loi hypothécaire l'a complétée en exigeant une inscription sur les registres du conservateur des hypothèques pour les cessions de créances qui sont garanties par un privilége ou une hypothèque. Cette formalité est-elle aussi applicable au nantissement? Nous ajournons l'examen de la question au titre qui est le siége de la matière.

464. D'après l'article 1690, le cessionnaire est également saisi à l'égard des tiers par l'acceptation du transport que le débiteur fait dans un acte authentique. On demande si, en matière de nantissement, l'acceptation vaut aussi signification. La cour de Besançon s'est prononcée pour la négative. C'est pour empêcher les fraudes au préjudice des tiers que la loi exige la signification; elle veut que le créancier gagiste se saisisse ostensiblement et directement du gage, en signifiant l'acte au débiteur de la créance. La signification est une condition essentielle pour l'existence du privilége; or, en matière de priviléges, tout est de rigueur : l'interprète ne peut pas admettre de formalité équipollente à celle que la loi prescrit. Le code veut la signification; il ne reproduit pas, en matière de nantissement, la disposition de l'article 1690, qui permet au cessionnaire de se saisir, à l'égard des tiers, par l'acceptation du débiteur; cela est décisif. Le code de commerce confirme cette interprétation restrictive; l'article 91 du nouveau code, qui règle les conditions du gage commercial, ne se borne pas à renvoyer à l'article 2075; il précise le sens et la portée de ce renvoi, en ajoutant que la saisine ne peut avoir lieu, à l'égard des tiers, que par la signification au débiteur (1). Dans l'espèce, il y avait encore un motif spécial pour lequel l'acceptation ne pouvait valoir comme signification; elle avait été faite par acte sous seing privé, alors que l'article 1690 exige un acte authentique. Sur le

(1) La loi belge n'exige pas la formalité de la signification pour le gage commercial (loi du 5 mai 1872, art. 1).

pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur le texte des articles 2075 et 1690 (1).

Cette jurisprudence est en opposition avec la doctrine; les auteurs enseignent, comme chose évidente, que l'article 1690 doit être appliqué en matière de nantissement, parce qu'il y a même motif de décider; l'acceptation authentique du débiteur offre aux tiers les mêmes garanties que la signification que le créancier fait au débiteur; donc elle doit avoir le même effet, dit-on (2). En théorie, cela est vrai; mais nous sommes en présence d'un texte, et dans une matière de rigueur. Cela nous paraît décisif. La question est analogue à celle qui se présente pour l'enregistrement, et elle doit être décidée par les mêmes principes (n° 451); seulement la jurisprudence et les auteurs nous paraissent inconséquents. La cour de cassation admet que l'enregistrement n'est pas de rigueur, et que les articles 2074 et 2075 doivent être interprétés par l'article 1328; tandis qu'elle considère la signification comme une condition essentielle, et elle n'admet point que l'article 1690 complète l'article 2075. Les auteurs, au contraire, qui enseignent que tout est de rigueur en matière de priviléges, n'appliquent ce principe qu'à la formalité de l'enregistrement et ne l'appliquent pas à la formalité de la signification. Il faut être conséquent et appliquer le même principe dans les deux hypothèses.

465. L'article 2075 suppose qu'il y a un débiteur à qui la signification puisse et doive être faite. Il en est ainsi dans tous les cas où il s'agit d'une créance personnelle, et tel est l'exemple que donne l'article 2075. Toutefois le principe qu'il établit comprend, dans sa généralité, tous les *meubles incorporels;* donc aussi les droits réels mobiliers, tels que l'usufruit, les brevets d'invention. Dans ces cas, il n'y a pas de débiteur; donc la signification devient impossible. Qu'en faut-il conclure? Que le créancier gagiste n'aura pas de privilége? A s'en tenir au texte de la loi, il faudrait le décider ainsi, puisque la signification est la con-

(1) Rejet, 11 août 1869 (Dalloz, 1870, 1, 81).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 714, note 15, § 432; Pont, t. II, p. 602, n° 1107.

dition de l'existence du privilége. Mais, en interprétant ainsi la loi à la rigueur, on en rend l'application impossible à une catégorie de droits qui sont cependant compris dans le texte. A vrai dire, il y a lacune; le législateur aurait dû organiser un système de publicité qui fût applicable à tous les droits, réels ou personnels. La doctrine et la jurisprudence ont comblé la lacune d'une autre manière, en décidant que le créancier gagiste aurait un privilége, sans devoir faire une signification qui, en fait, est impossible(1). La cour de Paris l'a jugé ainsi pour le nantissement d'un brevet d'invention. La signification n'est pas nécessaire, dit la cour, parce qu'il n'y a pas de débiteur. On prétendait, dans l'espèce, que la signification devait être remplacée par l'enregistrement à la préfecture, conformément à la loi de 1838 (art. 20); la cour répond que la loi ne prescrit cette publicité que pour la cession totale ou partielle du brevet; or, on ne peut pas assimiler le nantissement à une cession, puisque la convention de gage n'opère aucune mutation de propriété.

466. Quand la signification doit-elle se faire? La loi ne prescrit aucun délai, pas plus pour la signification de l'acte de gage que pour l'enregistrement (n° 453); elle s'en rapporte à l'intérêt du créancier. Son privilége n'existe qu'à partir de la signification; il est donc intéressé à la faire le plus tôt possible, afin d'acquérir un droit qu'il puisse opposer aux tiers. Tant qu'il n'a pas signifié l'acte de nantissesement, le débiteur qui a donné la créance en gage en peut disposer, soit en la vendant, soit en la donnant en nantissement à un autre créancier; les tiers qui auraient acquis un droit sur la chose, droit de propriété ou droit réel, pourraient l'opposer au créancier gagiste qui n'aurait pas rempli la formalité de la signification. De même un créancier pourrait pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du débiteur de la créance, tant que le créancier gagiste n'aurait pas signifié l'acte de gage au débiteur; et après cette saisie-arrêt la signification ne pourrait plus se faire, puisque

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 705, note 18, § 432. Pont. t. II, p. 602, n° 1107. Paris, 29 août 1865 (Dalloz, 1865, 2, 231).



le créancier opposant aurait un droit acquis sur la créance. Quant aux principes, nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Vente*, sur la signification de la cession; la loi applique le principe, avec les conséquences qui en découlent, au nantissement; il faut donc dire du nantissement non signifié ce que nous avons dit de la cession non signifiée : il n'existe pas à l'égard des tiers, et la signification ne peut plus avoir lieu après qu'un tiers a acquis un droit sur la créance donnée en gage.

La jurisprudence est en ce sens. Un tribunal de première instance décida que le débiteur qui avait donné une créance en gage ne pouvait plus la céder au préjudice du créancier gagiste, parce qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même. C'était oublier que le créancier gagiste n'a de droit, à l'égard des tiers, que par la signification, qu'un droit non signifié n'existe pas à l'égard des tiers; de sorte que celui qui a donné une créance en gage en reste saisi à l'égard des tiers, avec plein pouvoir d'en disposer tant que la signification n'a pas eu lieu; lié envers le créancier par la convention de gage, il reste libre de disposer de la créance, à l'égard des tiers, tant que la signification n'a pas eu lieu. La décision a été cassée (1).

467. L'application du principe souffre quelque difficulté en matière de faillite. On suppose que le gage a été constitué valablement, c'est-à-dire à une époque où le failli avait encore la libre disposition de ses biens; mais le créancier n'a signifié l'acte qu'à une époque postérieure à la cessation des payements. Le privilége existe-t-il, dans ce cas, à l'égard de la masse? On a soutenu, au nom de la masse, que, le créancier gagiste n'ayant pas acquis son privilége contre les tiers avant la cessation des payements, il ne pouvait plus l'acquérir à une époque où le débiteur ne peut plus avantager l'un de ses créanciers aux dépens de l'autre. C'est confondre les actes faits par le débiteur depuis la cessation des payements avec les formalités que le créancier doit remplir pour l'exercice de ses droits. Le failli ne peut plus concéder d'hypothèque après la cessation des paye-

(1) Cassation, 13 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 88).

ments; toutefois le code de commerce (art. 447) permet au créancier hypothécaire, dont le droit est antérieur à la cessation des payements, de prendre inscription jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Il en doit être de même de la signification de l'acte de gage. La raison en est très-simple. La loi veut garantir la masse contre les fraudes du failli; et il n'y a pas de fraude quand le créancier a acquis un droit à une époque où le failli avait la libre disposition de ses biens; son droit existe, il ne reste qu'à le réaliser par l'accomplissement des formalités légales; ne pas permettre au créancier de les remplir après la cessation des payements, c'eût été sacrifier son droit aux intérêts de la masse, sans qu'il y eût aucune fraude à lui imputer; or, la loi veut sauvegarder tous les droits, ceux des créanciers hypothécaires et privilégiés aussi bien que ceux de la masse (1).

468. Quand le créancier gagiste a signifié l'acte de gage, il est saisi à l'égard des tiers, et il peut, par conséquent, leur opposer son droit de gage. Il suit de là que le débiteur ne peut plus payer à son préjudice. Ce n'est pas à dire que le débiteur ne puisse se libérer tant que le gage durera; si le débiteur à qui le gage a été signifié ne peut rien faire qui soit contraire aux droits du créancier gagiste, par contre la convention de gage ne peut pas porter atteinte aux droits du débiteur; or, son droit le plus essentiel consiste à se libérer; il doit le faire de commun accord avec le créancier gagiste, mais, si des difficultés s'élèvent, il pourra consigner ce qu'il doit. Il se présente une autre difficulté quant aux payements que le débiteur prétendrait avoir faits avant la signification : peut-il opposer au créancier gagiste des quittances qui n'ont pas date certaine? D'après l'article 1328, il ne le pourrait certes pas, puisque le créancier gagiste est un tiers; mais la jurisprudence a maintenu une exception qui s'était introduite dans l'ancien droit quant aux quittances; l'usage n'est pas de les enregis-

(1) Cassation, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 135). Rejet, 10 juin 1848 (Dalloz, 1848, 1, 181). Bruxelles, 29 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 18). Comparez Pont, t. II, p. 604, n° 1112; Aubry et Rau, t. IV, p. 704, note 16, § 432.



trer, et l'usage l'a emporté sur la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre des *Obligations* (t. XIX, n[os] 332-335). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1).

Le créancier gagiste est aussi saisi, par la signification, à l'égard de tous autres tiers, notamment à l'égard d'un cessionnaire postérieur à la signification. Il peut encore opposer son droit de gage aux autres créanciers du débiteur commun. On applique au créancier gagiste les principes qui régissent la cession; nous les avons exposés au titre de la *Vente*.

§ IV. *De la mise en possession du créancier gagiste.*

469. L'article 2076 exige une dernière condition pour l'existence du privilége : « *Dans tous les cas*, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » La loi dit que, *dans tous les cas*, l'existence du privilége est subordonnée à la mise en possession du créancier. Cela se rapporte aux deux articles qui précèdent et qui traitent l'un du nantissement des meubles corporels et l'autre du nantissement des meubles incorporels. Il est donc de principe que la mise en possession du créancier gagiste est une condition générale requise dans tout nantissement, quel qu'en soit l'objet. L'article 2102, n° 2, s'exprime dans le même sens; il place, parmi les créances privilégiées sur certains meubles, la créance sur le gage dont *le créancier est saisi*. Cette disposition a été reproduite par la loi hypothécaire belge (art. 20, n° 3). Pourquoi ce privilége est-il attaché à la possession? Il n'en est pas ainsi des priviléges mobiliers en général ; il suffit que la chose grevée d'un privilége mobilier se trouve entre les mains du débiteur. Si la loi exige que le créancier gagiste soit mis en possession pour qu'il ait un privilége, c'est d'abord parce que le privilége résultant du gage diffère en un point essentiel des priviléges en général ; le pri-

(1) Pont, t. II, p. 602, n[os] 1108 et 1109. Mourlon, t. II, p. 483, n° 1220.

vilége est attaché à la qualité de la créance; les priviléges mobiliers peuvent donc être facilement connus des tiers à raison de la nature favorable de la créance; tandis que le privilége du créancier gagiste est établi par une convention, convention qui n'est pas rendue publique, et dont rien ne ferait soupçonner l'existence aux autres créanciers, si le débiteur restait en possession de la chose engagée; les tiers se verraient ainsi enlever la partie la plus précieuse de la fortune mobilière de leur débiteur, sans qu'ils aient pu se mettre à l'abri de ce danger. C'est pour donner quelque publicité au privilége du gage que la loi veut que le créancier soit mis et reste en possession; les tiers créanciers ne peuvent plus compter sur un mobilier que le débiteur ne possède plus: le changement de possession peut leur révéler le privilége que le créancier a acquis.

470. La mise en possession du créancier gagiste n'est-elle exigée que pour l'existence du privilége? D'après la lettre de l'article 2076, on pourrait le croire. Il fait suite à deux dispositions qui concernent uniquement le privilége résultant du gage et les conditions requises pour l'existence de ce privilége; l'article 2076 lui-même est conçu en ce sens : « *Le privilége* ne subsiste qu'autant que le gage est mis en la possession du créancier. » Doit-on conclure de là que la mise en possession du créancier n'est requise que pour l'acquisition et la conservation du privilége, et que les droits et obligations qui résultent de la convention de gage, entre le créancier et le débiteur, sont indépendants de la possession du gage? Ce serait très-mal raisonner, car ce serait argumenter *a contrario,* argumentation dont on doit toujours se défier, parce qu'elle aboutit presque régulièrement à faire dire au législateur ce qu'il n'a pas entendu dire. Dans l'espèce, cela est évident, puisque la définition du nantissement que le code donne implique que ce contrat n'existe entre les parties que par la remise que le débiteur fait du gage au créancier (art. 2074). La nature des choses le veut ainsi. Quelle est l'obligation principale du créancier? Il doit restituer la chose, et pour qu'il doive la restituer, il faut qu'il l'ait reçue. De là suit que le gage ne se conçoit pas si le créancier n'est pas nanti du

gage. Le créancier a droit au remboursement des dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites; si la dette est payée, et si le créancier rend la chose sans se faire rembourser de ces dépenses, il aura, à la vérité, une action contre le débiteur, mais il ne pourrait pas demander que le gage lui soit rendu pour y exercer son droit de rétention, le droit de rétention, de même que le privilége, impliquant la détention de la chose.

Il ne faudrait pas induire de là que le créancier n'a aucune action contre le débiteur pour se faire délivrer la chose promise en gage : tant que la dette n'est pas payée, la convention de gage subsiste, et, par conséquent, le débiteur peut être contraint à la tradition (1). Mais ce ne serait pas là un vrai contrat de gage, car ce contrat est réel de son essence; tant qu'il n'y a pas de tradition, c'est le débiteur qui est obligé; lorsque la tradition a été faite, c'est le créancier qui est obligé. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur les contrats réels et personnels.

471. L'article 2076 veut que la chose ait été mise en la *possession* du créancier. Quels caractères doit avoir cette possession? C'est une possession analogue à celle dont parlent les articles 1141 et 2279, une possession qui s'annonce ostensiblement comme possession de créancier gagiste, c'est-à-dire à titre de droit réel. En effet, la possession du créancier doit avertir les tiers du droit qu'elle donne au créancier gagiste à l'égard des autres créanciers; il faut donc qu'elle ait une certaine publicité. « Il est de l'essence du contrat, dit la cour de cassation, que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre (2). » La publicité varie, du reste, d'après la nature des choses données en gage. Il faut distinguer entre les meubles corporels et les meubles incorporels.

472. L'article 1606 détermine les divers modes d'après

(1) Comparez Bordeaux, 8 juin 1832 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 92, 1°).
(2) Rejet, 29 décembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 219). Comparez Bruxelles, 27 avril 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 273).

lesquels s'opère la délivrance des choses vendues. Est-ce que la délivrance faite au créancier gagiste, conformément à l'article 1606, a pour effet de lui transmettre la possession dans le sens de l'article 2076? On pourrait le croire en lisant la définition que l'article 1604 donne de la délivrance : « C'est le transport de la chose vendue en la *puissance* et *possession* de l'acheteur. » Or, si la chose est en la *puissance* et *possession* du créancier gagiste, n'est-ce pas plus que l'article 2076 ne demande? Toutefois cette argumentation cloche. Dans les articles 1604 et 1606, il est question des rapports que la vente établit entre les parties contractantes; tandis que dans l'article 2076 il s'agit surtout des rapports du créancier avec les tiers; or, l'on conçoit que la loi doive se montrer plus sévère pour caractériser la possession du créancier gagiste à l'égard des tiers, que pour caractériser la possession de l'acheteur à l'égard du vendeur. L'article 1606 ne décide donc pas la question; il faut voir quels sont les modes de délivrance qui donnent à la possession du créancier gagiste la notoriété que le législateur a eue en vue. Voilà pourquoi nous avons cité l'article 1141 comme disposition analogue. Une chose mobilière est vendue successivement à deux personnes : lequel des deux acheteurs en demeure propriétaire? Celui, dit la loi, qui a été mis en possession *réelle*, pourvu qu'il soit de bonne foi. C'est donc la possession *réelle*, notoire, qui l'emporte, parce que cette possession s'annonce publiquement comme étant à titre de propriétaire; le législateur lui doit son appui et sa protection. Il y a quelque chose d'analogue dans la possession du créancier gagiste; il a stipulé un droit réel de préférence à l'égard des autres créanciers : à quelle condition l'emportera-t-il sur ceux-ci? Il faut une possession notoire qui frappe les yeux, de manière que les tiers soient avertis. C'est donc une question de fait plutôt que de droit. « La loi, dit la cour de cassation dans l'arrêt précité, n'a pas défini les éléments de la notoriété de la mise en possession; elle dépend, par la nature des choses, de circonstances variables et complexes, dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond ». L'article 1606 ne peut être invoqué qu'à titre de comparaison.

473. D'après l'article 1606, la délivrance des effets mobiliers s'opère par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent. Cela suffit-il aussi pour que le créancier gagiste soit censé mis en possession et que, par suite, il ait son privilége? Les auteurs l'enseignent ainsi (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? La remise des clefs par elle seule ne marque aucun changement dans la possession; elle n'a aucune notoriété, elle n'avertit pas les tiers; dès lors il n'y a pas de mise en possession dans le sens de l'article 2076. Il y a des arrêts en sens contraire; la cour d'Aix a reconnu le privilége du créancier gagiste à qui les clefs des magasins avaient été remises (2); mais on voit, par les faits de la cause, combien la fraude est facile; le débiteur avait consenti un second nantissement sur les mêmes marchandises, toujours en remettant les clefs, de sorte que le second créancier était trompé : est-ce que cette facilité de tromper les tiers moyennant la remise des clefs ne prouverait pas que ce fait seul est insuffisant pour constituer une possession au profit du créancier gagiste? Dans notre opinion, il faudrait d'autres faits qui vinssent à l'appui de la remise des clefs pour donner à la possession un caractère public.

474. Il se présente une autre difficulté en cette matière. Les marchandises données en gage nécessitent parfois des soins; tels sont les vins qui doivent être travaillés, et il se peut que le débiteur, marchand de vins, ait seul les connaissances requises à cet effet, de même qu'il a seul à sa disposition les ouvriers qui s'occupent de ce travail. Cela rend la présence du débiteur ou de ses ouvriers nécessaire dans les caves, d'une manière presque permanente, quand il y a un grand nombre de bouteilles à soigner. On enseigne et on juge que cela n'empêche point la possession du créancier (3). Cela est logique, une fois le principe admis. Mais la conséquence ne témoigne-t-elle pas

(1) Duranton, t. XVIII, p. 607, n° 531, et tous les auteurs.

(2) Aix, 21 février 1840 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 211). Dans le même sens, et en termes absolus, Bordeaux, 26 mai 1873 (Dalloz, 1876, 2. 23).

(3) Rejet, 11 août 1842 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 123). Pont, t. II, p. 617, n° 1126.

contre le principe? La possession du créancier sera une de ces possessions fictives que l'on appelait jadis symboliques : il a les clefs, mais c'est le débiteur qui continue à posséder, aux yeux du public; à l'égard des tiers, rien n'est changé. Dans une espèce identique, mais où il n'y avait pas eu de remise des clefs, il a été jugé que le créancier gagiste ne pouvait pas exercer son privilége, parce que rien ne révélait l'existence de sa possession (1). Qu'est-ce que la remise des clefs change à cet état de choses?

475. D'après l'article 1606, la délivrance s'opère par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. Y aurait-il, dans ces cas, mise en possession du créancier, dans le sens de l'article 2076 et avec l'effet que la loi y attribue? A notre avis, non, puisqu'il ne s'est opéré aucun changement de possession, apparent du moins, et de nature à avertir les tiers. Les auteurs distinguent; dans la première hypothèse, ils n'admettent pas qu'il y ait possession au profit du créancier gagiste, tandis qu'ils l'admettent dans la seconde. Pothier dit que si le créancier possédait comme dépositaire, et si, par la constitution de gage, il convient de posséder comme gagiste, on *feint* que le créancier a rendu la chose qu'il tenait à titre de dépôt, et qu'il l'a incontinent reçue à titre de nantissement (2). Nous demandons si cette *fiction* apprend quelque chose aux tiers, et si c'est à une possession *fictive* que la loi a entendu attacher l'existence du privilége?

476. La condition prescrite par l'article 2076 s'applique aussi au nantissement des meubles incorporels; c'est ce que la loi indique par ces mots : *dans tous les cas* (nº 469). Pourquoi, outre la signification de l'acte de gage, la loi prescrit-elle la mise en possession du créancier gagiste? C'est parce que la signification est insuffisante pour marquer le changement de possession. Il est vrai que, légalement, la signification saisit le créancier gagiste à

(1) Paris, 26 mai 1841 (Dalloz, au mot *Nantissement*, nº 93)
(2) Pont, t. II, p. 618, nº 1128.

l'égard des tiers; mais de tous ces tiers, il n'y a que le débiteur de la créance qui soit directement averti par la signification, les autres tiers peuvent l'ignorer et l'ignorent le plus souvent. Cependant la loi veut que le créancier gagiste prenne publiquement possession de la créance, et comme elle n'a pas organisé de publicité analogue à celle des priviléges, elle a dû s'attacher à une notoriété de fait résultant du changement de possession. La publicité est encore plus difficile à organiser pour les meubles incorporels que pour les meubles corporels; la loi a prescrit les seuls moyens par lesquels le changement de possession se manifeste : d'abord la signification de l'acte de nantissement, puis la tradition de la créance, qui transmet la possession du droit au créancier gagiste. Cela prouve que la possession joue un rôle capital dans le gage; malheureusement il est encore plus difficile, en matière de meubles incorporels qu'en matière de meubles corporels, de donner à la possession le caractère de notoriété que la loi désire dans l'intérêt des tiers. En définitive, la loi n'atteint pas son but : il y a une lacune que nous signalons au législateur.

La jurisprudence a consacré le principe que nous venons d'établir; pour mieux dire, elle n'a fait qu'appliquer le texte de l'article 2076, en décidant que la constitution de gage ne confère aucun privilége au créancier sur la créance, s'il n'a pas été mis en possession conformément à la loi (1). Dans ces termes, on ne conçoit pas que la question soit portée devant les tribunaux, puisqu'elle est décidée par le texte du code. Voici une espèce dans laquelle, à raison des circonstances du fait, il a été jugé que la condition prescrite par la loi n'ayant pas été remplie, il n'y avait pas de privilége. Prêt de 3,000 francs, avec stipulation que les époux emprunteurs transportent et délèguent, à titre de nantissement, somme nécessaire et suffisante sur un capital de 8,000 francs à eux dus pour prix d'un immeuble vendu. L'acte ajoute que les emprunteurs s'obligent envers le prêteur à l'aider, au besoin, à sa première

(1) Liége, 15 mai 1810 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 136).

réquisition, et sous récépissé, de la grosse du contrat; enfin il est dit que la délégation sera signifiée aux acquéreurs, aux frais des emprunteurs. La signification eut lieu avec cette explication qu'elle était faite en conformité de l'article 2075, pour assurer le privilége du prêteur sur le capital donné en nantissement. L'arrêt relate ces faits pour établir que l'intention des parties était de faire un nantissement. Mais il manquait un élément essentiel pour la perfection du contrat, c'est la tradition et la mise en possession du créancier gagiste. En effet, la tradition aurait dû s'opérer par la remise du titre; or, le titre était resté en la possession du débiteur, qui s'était seulement obligé d'en aider le créancier. On disait, pour le créancier, que le titre était resté en dépôt chez le notaire, rédacteur de l'acte, et l'on invoquait l'article 2076, qui permet que le gage soit remis à un tiers convenu entre les parties. La cour de Bourges répond qu'il ne suffit pas, d'après la loi, que le titre soit demeuré entre les mains d'un tiers, qu'il faut encore que ce tiers soit un dépositaire convenu entre les parties; or, dans l'espèce, il n'y avait eu aucune convention à cet égard. En définitive, le créancier n'avait pas été mis en possession, donc il n'avait pas de privilége (1).

477. Il résulte de l'article 2076 que le nantissement d'une créance devient impossible quand la créance n'est pas constatée par un titre; en effet, dans ce cas, il est impossible que le créancier soit mis en possession du gage, et sans cette condition il n'y a ni nantissement, ni privilége. La jurisprudence l'a décidé ainsi, et cela n'est pas douteux (2). D'après l'article 2076, le privilége n'existe sur les meubles incorporels que lorsque le gage a été mis en la possession du créancier; or, comment le créancier acquiert-il la possession de la créance? Les articles 1607 et 1689 répondent à la question. D'après l'article 1607, la tradition des droits incorporels se fait par la remise des titres; et l'article 1689 dit, en termes généraux, que dans le transport d'une créance, d'un droit ou

(1) Bourges, 9 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 252).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 705, note 20, § 432 Pont, t. II, p. 623, n° 1132.

d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre. De là la cour de Bruxelles conclut que le dessaisissement effectif de celui qui donne en gage des créances, et la saisine de son créancier ne peuvent s'opérer que si elles sont établies par titres et si ces titres sont remis entre les mains des créanciers gagistes. Dans l'espèce, l'acte de nantissement portait que l'emprunteur donnait au prêteur tous pouvoirs de *régulariser* la mise en possession par des *significations* extrajudiciaires et par tous autres actes. Cela prouvait que, lors du nantissement, la mise en possession n'avait pas eu lieu, et le créancier gagiste ne prouvait pas qu'avant le jugement déclaratif de la faillite de l'emprunteur, les créances données en gage fussent établies par titres et que ces titres eussent été remis au créancier ou à un tiers convenu entre parties. Cela était décisif (1).

La cour de Lyon s'est prononcée dans le même sens, et elle explique très-bien le motif pour lequel la loi se montre si rigoureuse. Dans l'espèce, le mari avait donné en gage l'action en répétition qu'il avait contre sa femme, pour réparation aux immeubles dotaux. La condition requise par l'article 2076, pour la validité du gage, n'avait pas été remplie et elle ne pouvait l'être, puisqu'il s'agissait d'une créance sans titre. Une telle action ne peut être donnée en nantissement, le débiteur en conservant nécessairement la possession, ce qui serait une véritable constitution d'hypothèque mobilière sans tradition réelle ; or, la loi a sagement voulu proscrire ce qu'un tel contrat amènerait de fraudes sans fin. Rien n'aurait empêché l'emprunteur de donner à vingt créanciers le même gage qu'il avait déjà donné à un premier prêteur ; le seul moyen, dit la cour, d'empêcher cet abus, c'était d'exiger la tradition des droits mobiliers ; cette tradition tient lieu, en matière de nantissement, de la publicité que la loi prescrit pour les hypothèques (2).

478. Aux termes des articles 1607 et 1689, la tradition et la mise en possession se font par la remise du *titre*.

(1) Bruxelles, 3 février 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 117).
(2) Lyon, 31 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 106).

Qu'est-ce que la loi entend par *titre?* C'est l'acte sous seing privé ou authentique qui constate la créance. Quand l'acte est sous seing privé, c'est l'original qui est remis aux créanciers. L'original de l'acte authentique reste entre les mains du notaire, lequel ne délivre aux parties qu'une expédition. Sur ce point il se présente une difficulté. Faut-il que la grosse soit remise au créancier gagiste? ou suffit-il de la remise d'une expédition? Si la question pouvait être décidée en théorie, il faudrait exiger la remise de la grosse. La cour de Liége en a donné d'excellentes raisons. Le dessaisissement du débiteur et la mise en possession du créancier doivent avoir lieu d'une manière complète, positive et non équivoque, afin que ce déplacement de possession puisse utilement avertir les tiers que la chose donnée en gage, dont le débiteur conserve la propriété, est affectée d'un privilége. Or, la remise des expéditions n'atteint pas ce but. En effet, la loi ne limite pas le nombre des expéditions simples que les notaires sont autorisés à délivrer aux parties; chaque expédition d'un même acte pourrait donc être donnée en gage par un créancier de mauvaise foi, d'où résulteraient des possessions rivales d'une équipollence parfaite (1). En théorie, cela est très-vrai; mais peut-on en conclure avec la cour de Liége que la remise d'une expédition ne suffirait pas pour opérer la tradition, qu'il *faut* la remise d'une grosse pour que le créancier soit réellement mis en possession? Il nous semble que c'est ajouter à la loi. Les articles 1607 et 1689 exigent la remise du titre; or, les expéditions sont un titre; donc il est satisfait à la loi. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi, et cette décision nous paraît plus conforme aux principes que celle de la cour de Liége. En matière de priviléges, on doit s'en tenir strictement aux textes, l'interprète ne peut rien en retrancher, il ne peut rien y ajouter. Or, la loi se contente de la remise du titre, et l'expédition est incontestablement un titre; le créancier, détenteur de l'expédition, peut exercer les droits attachés au gage; il est donc en possession. La cour de Bruxelles avoue qu'il peut y avoir fraude,

(1) Liége, 31 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 133).

puisque le titulaire de la créance peut se procurer plusieurs expéditions; mais le même inconvénient peut se présenter pour la grosse (1). Il y a une réponse plus péremptoire à faire : c'est au législateur à tenir compte des inconvénients du système qu'il consacre, l'interprète doit s'en tenir au texte et aux principes.

479. Il reste une difficulté concernant la preuve. Comment se prouve la tradition ou la mise en possession du créancier gagiste? Le code ne s'explique pas sur la preuve des éléments qui constituent le contrat de nantissement et le privilége qui en résulte. Il en faut conclure, avec la cour de Bruxelles, que la preuve se fait d'après le droit commun. Parmi les conditions du gage figure en première ligne l'existence de la créance garantie par le nantissement; la loi n'exige pas que cet élément soit justifié par acte public ou sous seing privé enregistré; tout ce que l'acte de nantissement doit contenir, c'est l'indication de la somme due. Si donc il s'élève une contestation sur l'existence ou sur le montant de la dette, il faudra appliquer les règles générales sur les preuves. On peut, par exemple, consentir un gage pour sûreté d'un crédit ouvert, mais l'indication de la somme ne prouve pas que le crédité ait reçu le montant intégral de l'emprunt; c'est donc au créancier de prouver le chiffre des avances, comme la loi le prescrit pour l'hypothèque d'un crédit ouvert (art. 80 de la loi hyp.). Il en est de même de la tradition; l'article 2076 se borne à établir la condition de la mise en possession du créancier, il ne dit rien du mode de preuve; il en résulte que le droit commun reste applicable (2). Il peut être très-important d'établir le moment précis où la remise du titre a eu lieu; car elle ne peut plus se faire utilement après que des tiers ont acquis un droit sur la créance donnée en nantissement.

480. A quelle époque doit se faire la tradition du titre? Il faut dire de la mise en possession du créancier gagiste ce que nous avons dit de la signification de l'acte de gage et de l'enregistrement; la loi ne fixe aucune époque, elle

(1) Bruxelles, 30 décembre 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 72).
(2) Arrêt précité (note 1) de la cour de Bruxelles.

s'en rapporte à l'intérêt du créancier gagiste; il doit remplir le plus tôt possible les conditions requises pour l'existence de son privilége, sinon il risque que des tiers acquièrent un droit sur la créance qui lui a été donnée en nantissement, et dès ce moment il ne peut plus acquérir de privilége au préjudice des tiers. La cour de cassation a appliqué le principe dans l'espèce suivante. Elle rappelle d'abord qu'il est de l'essence du contrat de nantissement que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu; et si cette chose est une créance, il est nécessaire que le débiteur ait effectué la remise du titre constitutif de cette créance à une époque où il avait le droit de la donner en gage. Or, dans l'espèce, un créancier était intervenu dans un partage, au nom de son débiteur, en vertu de l'article 888; cette intervention constituait, de la part de ce créancier, l'exercice de ses droits propres sur la portion des biens que le partage devait attribuer à son débiteur; par suite, cette portion de biens se trouvait placée sous la main de justice; dès lors le débiteur ne pouvait les donner en gage à un autre de ses créanciers, au préjudice des droits du créancier intervenant; c'est dire que le débiteur ne pouvait plus faire la remise du titre au créancier gagiste, car, par cette remise, ledit créancier aurait acquis un droit de préférence sur une créance frappée de mainmise au profit du créancier intervenant. Or, en fait, il résultait des déclarations de l'arrêt attaqué, d'abord que la remise des titres de créance n'avait pas été effectuée au moment du contrat, et il n'était pas justifié que les titres eussent été remis au créancier gagiste, avant l'intervention du créancier dans le partage d'où dépendaient lesdites créances. La conclusion est évidente. Postérieurement à l'intervention du créancier opposant, la remise des titres ne pouvait plus se faire utilement, par conséquent le créancier gagiste ne pouvait plus acquérir de privilége (1).

La difficulté se présente d'ordinaire en matière de faillite. Si le gage était valablement constitué avant la cessa-

(1) Rejet, 11 juin 1846 (Dalloz, 1846, 1, 252).

tion des payements, la mise en possession du créancier de même que la signification de l'acte de nantissement peuvent se faire utilement jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite : de là l'intérêt du débat. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 467).

481. L'application de l'article 2076 donne lieu à de nombreuses difficultés. Nous citerons les décisions judiciaires qui concernent des questions de droit.

Un droit de bail peut être donné en nantissement. Comment doit se faire la mise en possession du créancier? Faut-il qu'il occupe les lieux loués? La cour de Lyon et la cour de cassation ont décidé la question en sens divers; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 461).

482. Des actions sont données en gage, puis le débiteur tombe en faillite, de là conflit entre la masse et les créanciers gagistes. Le nantissement avait été signifié à la société, c'est-à-dire au débiteur de la créance, la veille du jour où le débiteur fut déclaré en faillite; sous ce rapport le créancier gagiste était en règle, puisqu'il avait été régulièrement saisi du gage à l'égard des tiers, avant que le failli fût dessaisi de ses biens et que la position respective des créanciers du failli fût irrévocablement fixée. Le nantissement aurait pu être déclaré nul s'il avait été constitué dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des payements pour une dette antérieurement contractée (code de comm., art. 445). Ce n'est pas notre hypothèse, ni celle dans laquelle a été rendu l'arrêt de la cour de cassation que nous analysons : le nantissement avait eu lieu en même temps que le prêt fait au débiteur et par le même acte, ayant date certaine par l'enregistrement, trois ans avant la cessation des payements. Restait la difficulté de la tradition. Il s'agissait d'actions nominatives dans une société industrielle. En quoi consiste l'action sociale, disait le demandeur en cassation? En une inscription sur les registres de la société; la tradition des registres n'est pas possible, partant, le privilége ne peut pas prendre naissance. Le titre remis à l'actionnaire peut être remis au créancier gagiste, s'il s'agit d'un titre au porteur; mais comment faire la remise d'un titre nominatif? Il faudrait

un acte de transfert délivré au créancier gagiste, mais cet acte de transfert n'est pas l'action, et la loi exige la tradition de l'objet engagé. La conclusion n'était guère admissible, car il en résultait que l'on ne pourrait pas donner en gage une action nominative. La cour de cassation a jugé qu'il y avait tradition suffisante par le dépôt, entre les mains du créancier gagiste, de la grosse du contrat qui avait transféré au titulaire les actions sur la société, titre en vertu duquel il pouvait agir pour exercer ses droits (1).

483. Comment se fait la tradition d'actions charbonnières? Voici la difficulté qui s'est présentée devant la cour de cassation de Belgique. Les titres des actionnaires consistaient dans la reconnaissance de leurs droits couchée sur les registres de la société où s'inscrivaient toutes les mutations notifiées à celles-ci. La remise des registres au créancier gagiste étant impossible, on en pouvait induire que le créancier gagiste ne pouvait acquérir de privilége sur les actions. Il y a cependant un moyen de saisir le créancier gagiste; d'après l'article 2076, la possession du gage ne doit pas nécessairement passer au créancier lui-même, elle peut être conférée à un tiers convenu entre les parties. Or, la part d'action du débiteur dans le charbonnage avait été donnée en gage par un acte authentique, acte qui contenait le consentement exprès du débiteur à ce qu'il fût signifié *pour valoir tradition*. La signification seule ne suffit pas, puisque, outre la signification prescrite par l'article 2075, l'article 2076 veut que le créancier soit mis en possession du gage. Mais, dans l'espèce, la société charbonnière était un tiers à l'égard du débiteur, comme à l'égard des créanciers, et la société étant dépositaire du registre formant le titre du débiteur, elle était devenue, du consentement des deux parties, détentrice de ce titre pour les créanciers gagistes; ces derniers avaient donc pris possession du gage par l'entremise de la société charbonnière, en lui faisant signifier l'acte de nantissement. La signification, dans ces circonstances, tenait lieu de mise en posses-

(1) Rejet, 19 juin 1848 (Dalloz, 1848, 1, 181).

sion, et, par conséquent, il était satisfait à la disposition de l'article 2076 (1).

484. L'article 2076 admet que le créancier gagiste est mis en possession lorsque le gage a été remis à un tiers *convenu* entre les parties. Il faut donc une convention qui établisse un lien entre le tiers et le créancier gagiste, de sorte que le créancier possède par l'intermédiaire du tiers. Si un tiers, le notaire par exemple, était détenteur du titre, sans qu'il en fût chargé par une convention, l'article 2076 ne serait plus applicable; il est d'évidence que, dans ce cas, le créancier ne posséderait pas le titre, puisqu'il n'y aurait aucun lien juridique entre lui et le tiers (2). Il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire que le tiers chargé du dépôt des titres intervienne dans la convention qui lui confie ce dépôt (3); en effet, la loi ne l'exige pas; il suffit que les parties soient convenues qu'un tiers serait dépositaire des titres; il va sans dire que, si le tiers n'intervient pas dans l'acte de nantissement, il doit consentir à être dépositaire, car il doit y avoir un lien juridique entre lui et le créancier gagiste, et ce lien ne peut se former que par le concours de consentement.

Il ne faut pas confondre la clause en vertu de laquelle un tiers est désigné pour devenir possesseur des titres au nom du créancier avec l'acte par lequel le gage est constitué. La loi exige que l'acte de nantissement soit authentique et que, s'il est sous seing privé, il soit enregistré (art. 2075); tandis que l'article 2076 ne prescrit pas l'enregistrement, il n'exige pas même la rédaction d'un acte pour la validité de la convention qui charge un tiers du dépôt des titres au nom du créancier. Il a été jugé que la preuve de cette convention restait sous l'empire du droit commun. Vainement dirait-on que c'est une clause du contrat de nantissement, et qu'il faut appliquer à la clause accessoire ce que la loi dit de la convention principale; nous répondons qu'en matière de privilége on ne raisonne pas par analogie, parce que ce serait créer des formalités et des

(1) Rejet, 26 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 324).
(2) Pont, t. II, p. 630, nº 1138.
(3) Rouen, 14 juin 1847 (Dalloz, 1849, 2, 241).

conditions pour l'existence du privilége; et tout ce qui concerne le privilége est dans le domaine exclusif du législateur, qui l'établit et l'organise (1).

485. La remise conventionnelle du gage à un tiers dépositaire, prévue par l'article 2076, ne doit pas être confondue avec la remise que le créancier gagiste ferait du gage dont il est nanti. S'il le remettait au débiteur, il renoncerait par cela même au bénéfice du gage; l'article 2076 est formel, ainsi que l'article 2102, n° 2 (loi hyp., art. 27, 3°); le privilége est attaché à la possession; dès que le créancier cesse de posséder, il perd le privilége; il n'y a même plus de nantissement, puisqu'on ne conçoit pas de gage sans que le créancier en soit nanti (n° 434). Mais le créancier peut se dessaisir du gage sans en perdre la possession. S'il remet le gage à un tiers à titre de dépôt, à charge de conserver la chose pour le créancier et de la lui rendre, il continuera à la posséder, puisqu'il possède, en ce cas, par l'intermédiaire du dépositaire; il conserve, par conséquent, son privilége. Il se peut aussi qu'il perde la possession sans un fait volontaire de sa part; tels seraient les cas où le gage s'égarerait ou serait volé : on demande si le créancier aura une action contre le tiers possesseur de la chose perdue ou volée. Le propriétaire a l'action en revendication (art. 2279) pendant trois ans; il est certain que le créancier gagiste ne peut pas revendiquer, puisqu'il n'est pas propriétaire, mais il a un droit réel dans la chose et, par suite, une action réelle; cette action lui appartient, en principe, contre tout possesseur. En droit français, il ne peut pas l'exercer contre un possesseur de bonne foi, puisque les meubles ne se revendiquent pas, ce qui exclut toute action fondée sur un droit réel; mais, par exception, la loi admet l'action en revendication quand la chose est perdue ou volée; cette action doit profiter, par identité de raison, à tous ceux qui ont un droit réel sur la chose, donc au créancier gagiste. C'est l'opinion commune (2); seulement on a tort de comparer l'action du créancier gagiste à celle du

(1) Paris, 4 décembre 1847 (Dalloz, 1854, 2, 260).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 706, note 26, § 432.

bailleur privilégié (1); les deux droits n'ont rien de commun : le bailleur a le droit de suite, par exception au droit commun, tandis que le créancier gagiste n'a pas le droit de suite, il n'a qu'une action réelle en cas de perte ou de vol.

486. La condition établie par l'article 2076 reçoit aussi son application en matière de gage commercial. Aux termes de la loi du 5 mai 1872 (art. 1er), le gage constitué pour sûreté d'un engagement commercial confère un privilége au créancier, lorsque l'objet du gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre parties. C'est la reproduction textuelle du code civil. Sous l'empire de l'ancien code de commerce, il s'était présenté des difficultés sur le point de savoir quand le créancier gagiste était en possession; la loi nouvelle tranche ces controverses. Nous nous bornons à transcrire le texte (art. 2): « Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture (2). »

487. Il y a un vieil adage qui se rattache à la condition de possession que nous venons d'expliquer. On dit que *nantissement sur nantissement ne vaut*. Cela signifie que le débiteur ne peut, après avoir donné une chose en gage à un premier créancier, engager la même chose au profit d'un second ou subséquent créancier, tant que le premier est en possession. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le gage et l'hypothèque. Le débiteur peut hypothéquer l'immeuble à plusieurs créanciers, tous ont un droit réel de préférence, seulement celui dont l'hypothèque est inscrite la première prime les créanciers inscrits après lui, le rang entre créanciers hypothécaires se déterminant par l'inscription. La loi n'organise pas un système analogue pour le nantissement d'une chose mobilière. Cela suffit déjà pour que l'on doive admettre l'adage d'après lequel nan-

(1) Pont, t. II, p. 629, n° 1137.
(2) Comparez, sur le droit français, Pont, t. II. p. 618. n° 1129.

tissement sur nantissement ne vaut. Si la loi avait entendu que le débiteur pût successivement engager la même chose à plusieurs créanciers, elle aurait dû organiser les conditions de leur concours et elle aurait dû modifier la condition principale du nantissement, c'est-à-dire la possession du gage. Cette condition établit une différence essentielle entre le gage et l'hypothèque. Le débiteur qui hypothèque un immeuble en conserve la possession, il conserve aussi le droit de propriété sur sa chose; or, la première concession de droit réel n'empêche pas une concession nouvelle; les deux concessions sont très-compatibles, sauf que la première prime la seconde. Il n'en est pas de même en matière de gage; le créancier gagiste n'a de privilége que sous la condition qu'il soit mis en possession de la chose; cette possession exclut celle du débiteur, et, partant, celui-ci ne peut plus conférer à un nouveau créancier une possession qui appartient au créancier gagiste. Il y a un arrêt de la cour de Paris en ce sens; et, dans ces circonstances, la question ne nous paraît pas douteuse (1).

Nous disons que, dans ces circonstances, il y a lieu d'appliquer l'adage que nantissement sur nantissement ne vaut. Ce principe est applicable lorsque la possession exclusive du créancier gagiste empêche que la chose par lui possédée ne soit affectée d'un nouveau gage. Mais si le créancier nanti du gage consent à le posséder non-seulement pour la garantie de ses droits, mais aussi pour la sûreté de celui à qui le débiteur engage la même chose, le nouveau nantissement sera valable, parce que le premier créancier gagiste possédera au nom du second créancier; or, il suffit que le second créancier possède le gage pour que le nantissement soit valable, puisque c'est la condition de possession qui seule empêchait le nantissement sur nantissement (2).

(1) Paris, 12 janvier 1846 (Dalloz, 1851, 2, 23). Comparez Paris, 15 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 24).

(2) Bruxelles, 12 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 163). Comparez Pont, t. II, p. 631, n° 1140.

§ V. *Du nantissement sous forme de vente.*

188. Les parties peuvent-elles faire un nantissement sous forme de vente? Voici l'intérêt de la question. La vente n'est pas soumise aux mêmes conditions que le nantissement; il se peut donc que l'acte nul comme nantissement vaille si on le considère comme vente. Ainsi la loi n'exige pas, pour la validité de la vente, un acte public ou sous seing privé enregistré; elle n'exige pas un état détaillé des choses vendues, de leur espèce et nature, qualité, poids et mesure. Et quand il s'agit d'une vente de droits ou de créances, elle se contente d'une signification de la cession ou de l'acceptation du débiteur; tandis que pour le nantissement elle veut de plus que le créancier soit mis en possession. Ces différences entre la vente et le nantissement s'expliquent; la loi, en prescrivant des conditions rigoureuses pour l'existence du gage et du privilége qui en résulte, s'est préoccupée de l'intérêt des tiers, elle a voulu empêcher la fraude si facile à commettre quand le débiteur tombe en déconfiture. La vente prête moins à des combinaisons frauduleuses; elle se consomme d'ordinaire immédiatement par la délivrance de la chose; il est rare que, après avoir vendu une chose mobilière, le vendeur en fasse une seconde vente; et quand cela arrive, le principe de l'article 2279 suffit pour vider le conflit entre les deux acquéreurs (art. 1141). Quant aux créanciers du vendeur, ils n'ont aucune action sur les biens de leur débiteur dès qu'ils sont sortis de son patrimoine par une vente; tandis que les créanciers conservent leur droit sur la chose engagée, en ce sens que cette chose reste dans le patrimoine de leur débiteur.

Il suit de là qu'en principe le nantissement ne peut pas se faire sous la forme d'une vente. Vainement dirait-on que les parties sont libres de faire des actes simulés et que la jurisprudence valide les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux. L'analogie est trompeuse; la loi ne prescrit pas les formes des donations dans l'intérêt des tiers, comme elle prescrit les formes du nantissement dans leur intérêt. Peu importe aux tiers que le bien sorte

du patrimoine de leur débiteur par une vente ou par une donation; tandis qu'ils sont très-intéressés à ce que les formes établies dans leur intérêt pour la validité du nantissement soient observées. La vente qui déguise un nantissement est, en général, préjudiciable aux tiers; cela suffit pour que le nantissement soit nul (1).

489. Est-ce à dire qu'il soit nécessairement nul? Si la vente était faite avec toutes les formalités que la loi établit pour le nantissement, les tiers n'auraient plus le droit de se plaindre de la simulation, parce qu'ils n'y auraient aucun intérêt, et ce n'est qu'à raison de leur intérêt que le nantissement est nul quand il est déguisé sous la forme d'une vente (2). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens.

Voici les circonstances dans lesquelles a été rendu l'arrêt de la cour de cassation de France; il importe de les noter, parce que les faits seuls prouvent que la simulation n'était pas frauduleuse. Le propriétaire d'un navire le vendit par acte notarié. Cette vente était simulée. Les acheteurs voulaient simplement conserver sur le navire un privilége pour le remboursement d'avances faites et encore à faire afin de mettre le navire en état de tenir la mer. Il était entendu que le vendeur resterait propriétaire, qu'il aurait seul les profits qui résulteraient de la navigation, et qu'il en supporterait seul les pertes; et les acheteurs devaient lui restituer la propriété légale, à première réquisition, après leur remboursement. La vente était donc, en réalité, un nantissement. Pourquoi les parties, voulant faire un nantissement, avaient-elles préféré traiter sous la forme d'un acte de vente? C'est ce que la jurisprudence va nous apprendre.

Le vendeur apparent étant mort dès le commencement du voyage, le navire fut vendu et le prix déposé entre les mains d'un huissier. Les acheteurs assignèrent la veuve et les héritiers du vendeur, ainsi que les créanciers du défunt pour réclamer le prix de la vente comme leur appartenant. On leur opposa que la prétendue vente était un

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 703, note 13, § 432. En sens contraire, Troplong, *Du nantissement*, nos 204 et 307.
(2) Pont, t. II, p. 586, no 1090.

nantissement, et que cet acte ne créait pas de privilége au profit des créanciers prétendus vendeurs. Il fut jugé, en première instance et en appel, que la vente était, à la vérité, un nantissement, mais que le nantissement constaté par acte authentique et suivi de tradition suffisait pour créer, au profit des créanciers gagistes, le privilége qu'ils réclamaient à l'égard des autres créanciers. Pourvoi en cassation. L'acte litigieux, dit le demandeur, n'est pas une vente, puisqu'il déguise un nantissement; et, comme tel, il est nul, puisqu'il ne contient pas l'indication de la somme due, ainsi que le veut l'article 2075.

La cour de cassation commence par établir que l'acte apparent de vente réunissait toutes les conditions requises pour la validité de ce contrat. Nous négligeons cette partie de l'arrêt, qui a pour objet de répondre à une objection tirée de l'article 190 du code de commerce. Puis la cour ajoute que l'acte considéré même comme nantissement serait valable, et qu'il attribue, en conséquence, aux créanciers le privilége qui résulte du gage. D'abord les navires sont meubles, et aucune loi ne prohibe de les donner en nantissement. Or, on peut faire d'une manière indirecte ce que l'on a le droit de faire directement. Ainsi l'on peut donner en gage un navire sous forme d'une vente; il suffit, pour la validité du gage, que l'acte de vente contienne toutes les conditions exigées par la loi pour la validité du nantissement et de la vente. Dans l'espèce, l'acte litigieux renfermait toutes les conditions pour la validité de la vente et celles nécessaires pour le privilége sur le prix du navire, en l'envisageant comme acte de nantissement, savoir : l'authenticité, la somme due, déterminée par le prix du navire, et la nature de la chose mise en gage; dès lors ledit acte devait assurer aux créanciers le privilége que la loi accorde au créancier gagiste (1).

Il y a un arrêt de la cour de Rennes dans le même sens et rendu dans des circonstances tout à fait analogues; nous le citons parce que la cour explique les motifs pour lesquels les parties, au lieu de faire un acte de nantissement, font

(1) Rejet, 2 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 427). Comparez Rejet, 17 janvier 1876 (Dalloz, 1876, 1, 347).

un acte simulé de vente. La convention de gage ayant pour objet un navire ne peut produire son effet que sous la forme d'une vente. En effet, la mutation sur l'acte de francisation est le seul moyen d'opérer, à l'égard de l'administration de la douane, et surtout des tiers, la tradition d'un navire, condition essentielle de tout nantissement, et le seul praticable pour conserver au créancier son privilége sur la chose. Tel est aussi l'usage général du commerce, comme l'attestaient, dans l'espèce, les juges consulaires de Nantes. Si l'on déclarait cet usage non obligatoire dans ses effets, il ne serait pas possible de se procurer des avances sur la garantie d'un navire; car, si l'on en devait faire la tradition réelle au créancier, comme de toute autre chose mobilière, le navire resterait inactif sous la détention continuelle du créancier, et, par suite, le débiteur ne pourrait pas naviguer, ni profiter du navire pour rembourser les avances que le créancier lui a faites (1).

§ VI. *Du gage commercial.*

490. L'article 2084 porte que les dispositions du chapitre du gage ne sont pas applicables aux matières du commerce. Nous avons dit plus haut en quel sens on entendait cet article sous l'empire du code de commerce de 1808; malgré l'exception apparente de l'article 2084, on appliquait généralement au gage commercial les règles du code Napoléon. C'est seulement depuis la publication des lois nouvelles qui ont paru en France et en Belgique que l'on peut dire que le gage commercial n'est pas soumis aux principes du droit civil. Cette matière étant étrangère à notre travail, nous nous bornons à transcrire les textes. L'article 1er de la loi belge du 5 mai 1872 est ainsi conçu : « Le gage constitué pour sûreté d'un engagement commercial confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose engagée, par privilége et préférence aux autres créanciers, *lorsqu'il est établi conformément aux modes*

(1) Rennes, 29 décembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 8).

admis en matière de commerce pour la vente de choses de même nature, et que l'*objet du gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre parties.* » Ainsi la loi belge maintient la condition de la mise en possession du créancier gagiste, en reproduisant les termes de l'article 2076. Mais elle n'exige plus les formalités prescrites par les articles 2074 et 2075 : plus d'acte, plus de déclarations concernant la somme due et la nature des choses mises en gage, plus de signification de l'acte de nantissement ; il suffit que le gage soit établi conformément aux règles admises en matière de commerce pour la vente (code de com., art. 109); de sorte que le gage peut s'établir par la correspondance des parties, par leurs livres et même par la preuve testimoniale. Quant à la date de l'acte qui, d'après le code civil, ne pouvait être établie que par l'enregistrement, la loi belge porte que la preuve de la date du nantissement incombe au créancier, et qu'elle peut être faite par tous les moyens de droit.

491. La loi française du 23 mai 1863 pose aussi en principe que le gage commercial n'est soumis à aucune formalité : il se constate, à l'égard des tiers comme entre les parties contractantes, conformément aux règles de l'article 109 du code de commerce. Mais cela n'est vrai que pour les meubles corporels et les valeurs au porteur. S'il s'agit d'un effet négociable ou à ordre, le nantissement peut s'en établir, même à l'égard des tiers, par un endossement régulier, indiquant que cet effet est remis à titre de garantie. De même les actions, les parts d'intérêts, les obligations nominatives des sociétés de finance, de commerce ou d'industrie, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, peuvent être données en nantissement au moyen d'un transfert, à titre de garantie, sur lesdits registres. Ces dispositions exceptionnelles ne sont plus applicables, et la loi civile reprend son empire si le titre donné en gage n'est ni négociable par endossement, ni transmissible par transfert sur les registres d'une société (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 768 et suiv., § 433. Pont, t. II, p. 609, nos 1115-1119.

SECTION II. — Des droits et obligations du créancier gagiste.

§ Ier. *Du privilége.*

492. Le privilége est l'objet essentiel de la convention de gage; aux termes de l'article 2073, qui définit le gage, il confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers. L'article 2101, qui énumère les créances privilégiées sur certains meubles, place parmi ces créances celle sur le gage dont le créancier est saisi (loi hyp., art. 19, n° 3). Le privilége du créancier gagiste diffère des priviléges en général. D'après l'article 2095 (loi hyp., art. 12), le privilége est un droit que la *qualité de la créance* donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers. Le gage ne donne pas un privilége à raison de la qualité de la créance, car toute créance, favorable ou non, peut être garantie par un gage, et tout gage donne un privilége quand le créancier a rempli les formalités prescrites par la loi (1). A la différence des autres priviléges, celui du créancier gagiste procède de la convention, donc de la volonté des parties contractantes; tandis qu'en principe il ne dépend pas des parties de créer des priviléges : c'est la loi et la loi seule qui détermine si une créance mérite d'être privilégiée. Sous ce rapport, le privilége du créancier gagiste ressemble à l'hypothèque conventionnelle plutôt qu'au privilége; aussi l'a-t-on appelée une *hypothèque mobilière* (2). C'est donner une idée inexacte du droit qui appartient au créancier gagiste; l'hypothèque implique que le débiteur conserve la possession de la chose hypothéquée; tandis que la condition essentielle requise pour l'existence du gage et du privilége qui en résulte, c'est que le débiteur se dessaisisse de la chose et que le créancier soit mis en possession du gage. Le privilége du créancier gagiste est donc, en définitive, un droit réel de préférence attaché à la posses-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 582, n° 508.
(2) Pont, t. II, p. 581, n° 1084.

sion du gage; c'est ce que l'article 2101 marque en disant que le créancier a un privilége sur le gage dont il est saisi (loi hyp., art. 19, n° 3).

493. Le privilége du créancier gagiste est un droit réel, comme tout privilége. Nous y reviendrons au titre qui est le siége de la matière. Pour le moment, nous considérons le droit du créancier gagiste en lui-même, dans ses rapports avec le débiteur. L'article 2079 dit que le débiteur reste propriétaire du gage, qui n'est, dans les mains du créancier, qu'un dépôt assurant le privilége de celui-ci. Le mot *dépôt* ne doit pas être pris à la lettre; le dépositaire n'a aucun droit réel sur la chose, il ne la possède pas, il la détient à titre précaire. Il en est tout autrement du créancier gagiste; il a un droit réel dans la chose, il la possède à ce titre; et s'il perd la possession par suite de vol, ou quand la chose s'égare, il a une action réelle contre le possesseur, analogue à celle du propriétaire (n° 485). Si la loi dit que le créancier gagiste n'a que le dépôt de la chose, c'est pour marquer qu'il ne peut pas user de la chose, quoiqu'il en ait la possession. Sous ce rapport, le droit du créancier gagiste diffère des autres droits réels accompagnés de la possession; l'usufruit, la servitude, l'emphytéose, la superficie donnent un droit dans la chose, droit qui implique la faculté d'user et de jouir. S'il en est autrement du gagiste, c'est que sa possession n'a qu'un seul but, celui de garantir le payement de ce qui lui est dû; la possession tient lieu de la publicité de l'hypothèque, en donnant au créancier le droit de faire valoir, contre les tiers, la préférence qui est attachée au gage; du reste, il n'en résulte aucun droit utile pour le créancier.

La disposition de l'article 2079 est de l'essence du gage. Si la convention intervenue entre les parties avait pour effet de transférer la propriété de la chose au prétendu créancier gagiste, il y aurait vente, il n'y aurait pas de nantissement. La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi dans une espèce où des obligations d'un chemin de fer avaient été vendues sous la condition que dans les six mois l'acheteur les rétrocéderait et que le vendeur s'obligeait à les reprendre. Le pourvoi soutenait que la préten-

due vente était un nantissement, et que le contrat de gage était nul pour inobservation des formalités prescrites par la loi. C'était méconnaître les termes de la convention, qui présentait tous les caractères de la vente et devait en produire les effets; elle était translative de propriété, ce qui excluait le nantissement (1).

491. Y a-t-il exception à ces principes quand le débiteur donne en nantissement à un établissement de banque des effets au porteur comme garantie des avances ou prêts qui lui sont faits? Dans les usages du commerce, le banquier qui reçoit en nantissement les titres au porteur se considère comme propriétaire des valeurs, en ce sens qu'il a le droit de les négocier, il n'est débiteur que de titres de même genre. Ce pouvoir de disposition est en opposition avec l'article 2079, mais rien n'empêche les parties contractantes de déroger à cette disposition; ce ne sera plus un nantissement proprement dit, mais la convention n'en sera pas moins valable. Reste à savoir quand il y a convention autorisant le prêteur à disposer des titres qu'il reçoit en gage. La question s'est présentée dans une affaire célèbre, celle de Mirès, directeur de la caisse des chemins de fer. Condamné par la cour de Paris à cinq ans d'emprisonnement pour abus de confiance et escroquerie, il fut acquitté par la cour de Douai, à laquelle l'affaire fut renvoyée, l'arrêt de Paris ayant été cassé pour vice de formes. La cour de Douai invoquait surtout l'intention du banquier, telle qu'elle se manifestait par les faits. En recevant le dépôt des valeurs, le prêteur ne donnait pas de récépissé indiquant les numéros de chacun des titres remis en nantissement; le récépissé contenait une colonne distincte intitulée *désignation;* or, on n'y mentionnait jamais que le nombre et le genre des titres. Il y avait donc accord entre les déposants et le prêteur; celui-ci s'obligeait seulement à rendre des titres de même espèce; partant, il pouvait disposer de ceux qu'il avait reçus, il était débiteur d'un genre et non de corps certains et déterminés.

Cet arrêt a été cassé, dans l'intérêt de la loi, par la

(1) Rejet, 26 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 452).

chambre criminelle. La cour constate que, d'après ses statuts, la société faisait des avances sur dépôt de garantie ou de nantissement; les parties qui s'adressaient à la caisse pour obtenir ces avances formaient donc, sauf stipulation contraire, le contrat que les statuts mêmes indiquaient; elles remettaient leurs titres comme couverture des avances qu'elles recevaient; par conséquent, il se formait entre la caisse et les déposants un contrat de gage; la conséquence en est que la caisse n'avait pas le droit de disposer des titres. L'article 2079 est formel : le débiteur qui donne des valeurs en nantissement en reste propriétaire, le créancier en a seulement le dépôt; or, le dépositaire ne peut certes pas disposer des choses; peu importe que ce soient des choses fongibles, elles cessent de l'être par le dépôt qui en est fait; donc la caisse devenait débitrice, non pas de titres de même espèce, mais des titres mêmes qu'elle recevait (1).

495. En même temps que le procès criminel se poursuivait, l'un des nombreux emprunteurs sur nantissement avait actionné le directeur de la caisse devant les tribunaux civils. Il avait remis à la caisse des actions de chemins de fer contre un récépissé qui n'indiquait pas les numéros des actions déposées, et qui n'en faisait connaître que la nature et le nombre; un compte courant avait été ouvert au déposant, compte où la caisse était débitée des actions à elle remises et créditée de ses avances. Le 2 mai 1859, le directeur de la caisse lui donna avis, ainsi qu'à un grand nombre de ses clients, que ses actions avaient été vendues au cours du jour; or, les actions avaient subi à ce moment une dépréciation énorme, par suite des craintes d'une guerre générale; le produit de la vente prétendue s'élevait à 84,972 fr. 50 centimes. Le déposant soutenait que les actions avaient réellement été vendues le 1er septembre 1856 à un taux beaucoup plus élevé; il demandait, en conséquence, que la caisse fût tenue de lui payer une somme de 42,173 fr. 30 centimes, ce qui formait son crédit, en déduisant les avances qu'il avait reçues. La cour de Paris

(1) Cassation, chambre criminelle, 28 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 305).

lui donna gain de cause; et, sur le pourvoi, admis par la chambre des requêtes, il intervint un arrêt de rejet de la chambre civile rendu, après délibéré en chambre du conseil.

On a dit qu'il y avait une différence de doctrine entre l'arrêt de la chambre criminelle et l'arrêt de la chambre civile. Il n'en est rien. Le procès civil soulevait la question de savoir si le client qui dépose des actions à une banque, en nantissement et comme garantie des avances qu'il en reçoit, donne à la banque le droit d'en disposer, à la charge par elle de rendre des actions de nature et qualité semblables. Il est certain qu'une convention pareille peut intervenir entre les parties intéressées; l'arrêt attaqué ne décidait pas le contraire, ainsi que le prétendait le pourvoi; il déclarait, en fait, qu'une convention pareille n'existait point. Vainement le demandeur disait-il que, en l'absence même d'une convention expresse, l'abandon, par le déposant, de son droit de propriété résultait implicitement du fait seul du dépôt effectué à la caisse. La cour répond que nul n'est censé renoncer tacitement à sa propriété; bien moins encore peut-on admettre cet abandon tacite dans une convention de gage; les titres remis au prêteur ne servent que de garantie; c'est seulement quand l'emprunteur ne rembourse pas les avances, qu'il y a lieu de procéder à la vente du gage conformément à la loi. Tel est le droit commun; les parties y peuvent déroger; mais celle qui prétend qu'il y a dérogation doit prouver que le contrat formé par les parties n'est pas un nantissement, que c'est une convention translative de la propriété des valeurs déposées. Or, en fait, la caisse ne prouvait pas qu'une convention pareille fût intervenue. Cela était décisif. Le déposant restait propriétaire; le créancier gagiste ne pouvait aliéner les valeurs que conformément à l'article 2078. En aliénant les actions sans l'observation des formalités prescrites par la loi, la caisse avait vendu la chose d'autrui, et le propriétaire ainsi dépouillé était fondé à réclamer le produit de la vente de sa chose.

Sur ce point le pourvoi faisait de singulières objections. Il était constaté que la prétendue vente annoncée par la

circulaire à un moment où les valeurs étaient en baisse n'avait pas eu lieu; l'arrêt attaqué qualifiait cet acte de fictif et de mensonger; les valeurs avaient réellement été vendues, en octobre, novembre et décembre 1856, à un taux beaucoup plus élevé. Loin d'instruire son client de cette vente, la caisse continuait à lui fournir des comptes trimestriels dans lesquels elle portait à son crédit les intérêts et dividendes produits par ces actions, comme si la caisse les possédait encore. Qu'importe? disait le pourvoi. Tout ce qui en résulte, c'est que la caisse doit rendre des valeurs en même quantité et de même nature, qu'il y ait eu hausse ou baisse. La cour de Paris avait d'avance répondu à cette argumentation par laquelle un spoliateur voulait légitimer sa spoliation. On ne saurait admettre, dit-elle, que le détenteur qui, sans droit et au mépris de ses engagements, a vendu la chose d'autrui, puisse retirer un profit de l'acte dont il s'est rendu coupable; un pareil résultat serait contraire à la morale et à la justice. Le spoliateur insistait et disait qu'en faisant profiter le déposant de la vente faite en 1856, il en résultait que celui-ci ferait un bénéfice sur lequel il n'avait pas compté en contractant, et qu'il n'aurait point fait si les titres n'avaient pas été aliénés. S'il y a un bénéfice, répond la cour, qui en doit profiter, le spoliateur ou le spolié? La position de celui dont la chose a été vendue sans droit, contre sa volonté, est certainement préférable à celle du détenteur qui l'a aliénée abusivement et en violant les engagements qu'il avait contractés (1).

496. Du principe que le créancier gagiste n'a que le dépôt de la chose suit encore qu'il ne peut pas la donner en nantissement. Entre les parties contractantes, le gage serait nul, puisque c'est le nantissement de la chose d'autrui (n° 440). Autre est la question de savoir si le créancier à qui la chose a été remise peut opposer son droit au propriétaire qui agirait en revendication. Oui, s'il est de bonne foi; non, s'il est de mauvaise foi. C'est l'application du

(1) Rejet, chambre civile, 26 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 484). Comparez Pont, t. II, p. 640, n° 1151.

principe établi par l'article 2279 (1). Le principe sera expliqué au titre de la *Prescription*.

497. Du principe que le gage n'est qu'un dépôt dans la main du créancier suit encore que le gagiste ne peut jamais prescrire la propriété du gage, car il est possesseur précaire ; et tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire (art. 2236). Vainement dirait-on que le créancier gagiste a un droit réel, et qu'à ce titre il n'est pas possesseur précaire; la loi considère comme tel l'usufruitier, qui a aussi un droit réel; il détient précairement la chose, parce qu'il est tenu de la restituer en vertu de son titre même; et telle est aussi la position du créancier gagiste; il faut donc dire, avec l'article 2236, que, possédant pour autrui, il ne prescrit jamais, par quelque laps de temps que ce soit.

Il se présente une autre difficulté en matière de prescription. Le créancier, possesseur du gage, n'agit pas contre le débiteur, parce qu'il n'a aucun intérêt à agir. Si cette inaction dure trente ans, le débiteur pourra-t-il invoquer la prescription extinctive? Non, le gage est une garantie de la dette; donc, tant que le débiteur laisse le gage dans la main du créancier, il reconnaît l'existence de la dette, et cette reconnaissance empêche la prescription (article 2248) (2).

498. Le principe que le créancier gagiste n'a que le dépôt de la chose a encore une autre conséquence, c'est qu'il ne peut pas en user; en effet, le dépositaire ne peut (art. 1930) se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant. Il est vrai que, à la différence du dépositaire proprement dit, le créancier gagiste a un droit dans la chose; mais ce droit a un objet spécial, c'est d'assurer son privilége, en mettant le débiteur dans l'impossibilité d'aliéner la chose au préjudice du créancier; la possession du gagiste lui tient lieu du droit de suite que l'hypothèque donne au créancier hypothécaire;

(1) Pont, t. II, p. 649, n° 1165.
(2) Duranton, t. XVIII, p. 629, n° 553. Aubry et Rau, t. IV, p. 714, note 15, § 434.



mais, du reste, le gagiste, pas plus que le créancier hypothécaire, n'a un droit de jouissance.

L'article 2082 consacre une conséquence de ce principe. En général, le débiteur ne peut réclamer la restitution de la chose qu'après qu'il a payé la dette. Il y a exception, dit l'article 2082, quand le détenteur du gage en *abuse*. Qu'entend-on ici par abus? Ce n'est pas une jouissance abusive comme celle de l'usufruitier (art. 618), puisque le gagiste n'a point le droit de jouir, à moins que le débiteur ne lui en ait donné la permission; et, dans ce cas, il va sans dire qu'il doit se renfermer dans les limites de la faculté qui lui a été accordée. Hors ce cas, le fait seul d'user de la chose est un abus, puisque le créancier fait ce qu'il n'a pas le droit de faire.

Le rapporteur du Tribunat rattache la disposition de l'article 2082 à l'obligation qui incombe au créancier de veiller à la conservation de la chose (1). Cela n'est pas exact : le créancier doit conserver le gage, parce qu'il est obligé de le restituer; et il répond de sa faute quand la chose périt ou est détériorée. Cela n'a rien de commun avec l'usage indû que le gagiste fait de la chose; il userait de la chose avec tous les soins d'un bon père de famille, qu'il n'en serait pas moins coupable d'abus, car c'est abuser que de faire ce que l'on n'a pas le droit de faire. On donne encore une autre raison de l'article 2082, qui n'est guère meilleure. Le débiteur, dit-on, peut demander la restitution du gage, en cas d'abus, par application du principe que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats à titre onéreux, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son engagement (2). C'est une erreur que le texte de la loi condamne; l'article 1184 sous-entend la condition résolutoire, non dans les contrats à titre onéreux, mais dans les contrats synallagmatiques; il ne peut donc être question de condition résolutoire dans le gage, puisque le nantissement est un contrat unilatéral.

Quelle sera la conséquence de l'abus? Le débiteur a le

(1) Gary. Rapport, n° 16 (Locré, t. VIII, p. 106).
(2) Pont, t. II, p. 661, n° 1189.

droit de demander la restitution de la chose, ce qui prive le créancier du droit de rétention et du privilége attaché à la possession. Ainsi le créancier perd son gage, comme le dit le rapporteur du Tribunat. Gary ajoute qu'il ne peut pas en demander un autre, ce qui va sans dire; il est déchu de son droit, parce qu'il en a abusé, et la peine que la loi lui inflige n'est certes pas un titre pour demander un nouveau gage.

499. Le principe qui défend au créancier gagiste d'user de la chose reçoit exception quand la chose donnée en gage est une créance portant intérêt; le créancier doit, dans ce cas, imputer ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus ou sur le capital. Cette obligation implique le droit, pour le créancier, de toucher les intérêts. Pourquoi la loi lui accorde-t-elle ce droit, quoiqu'il ne soit qu'un simple dépositaire? Celui qui donne une créance en gage conserve le droit d'agir contre le débiteur, puisqu'il reste propriétaire de la créance (art. 2079); mais ce droit d'agir est entravé par le gage; si le débiteur refusait de payer les intérêts, le demandeur serait dans l'impossibilité de l'y contraindre, puisqu'il ne peut pas prouver son droit, le titre de sa créance étant dans les mains du gagiste. Il devrait donc mettre celui-ci en cause aussi souvent qu'il s'agit de réclamer les intérêts. Le législateur a pensé qu'il était plus simple d'autoriser le gagiste à exiger le payement des intérêts; le débiteur de la créance engagée n'a pas à s'en plaindre, puisqu'il est libéré; et le créancier qui a mis sa créance en gage y trouve un grand avantage, puisqu'il est à l'abri de la courte prescription que la loi établit pour les intérêts (art. 2277). La perception des intérêts par le créancier gagiste profite encore à celui qui a donné le gage, puisqu'elle le libère partiellement. En effet, la loi veut que ces intérêts soient imputés, d'abord sur ceux qui peuvent être dus au gagiste; et si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette. Régulièrement le créancier gagiste, touchant des intérêts qui appartiennent au débiteur, devrait les lui remettre, mais cette dette étant d'une chose fongible, elle se compense avec la créance égale-

ment fongible du gagiste. Tel est le sens et l'effet de l'im dont parle l'article 2081.

La loi ne donne pas au créancier gagiste le droit de toucher le capital de la dette; il n'y avait pas les mêmes raisons que pour les intérêts, qui se perçoivent périodiquement jusqu'à ce que la dette soit éteinte. Régulièrement le capital se paye en une fois, puisque le débiteur ne peut pas faire de payement partiel. Et il convient que ce payement se fasse entre les mains de celui qui a donné la créance en nantissement; en effet, il est de principe que le créancier ne peut pas s'approprier le gage (art. 2078); or, il aurait un moyen indirect de se l'approprier, à titre de compensation, s'il pouvait toucher le capital. De là pourraient résulter des abus, que le législateur a voulu prévenir en défendant au créancier de s'approprier le gage. Il a été jugé que la clause du contrat de nantissement qui autorise le détenteur du gage à poursuivre le remboursement des sommes échues, au fur et à mesure des échéances, tant en capital qu'en intérêts, était nulle, puisqu'elle aurait pour résultat de conférer la propriété du gage au créancier; ce qui est contraire à la disposition prohibitive de l'article 2078 (1).

Il s'est présenté une autre difficulté dans l'application de l'article 2081. Dans l'espèce, l'acte de nantissement n'avait pas été enregistré; on s'en prévalait pour contester au créancier le droit de percevoir les intérêts. Cette objection n'a pas été admise; le texte du code suffit pour l'écarter, et nous y avons répondu d'avance. L'enregistrement est une des formalités que la loi prescrit pour l'existence du privilége; or, le payement des intérêts n'a rien de commun avec le privilége; il s'agit uniquement des rapports que le contrat de gage établit entre les parties contractantes : est-ce le débiteur ou est-ce le créancier qui touchera les intérêts? Et si le créancier les touche, quelles seront ses obligations à l'égard du débiteur? Telles sont les questions que décide l'article 2081, elles sont étrangères au privilége; dès lors les articles 2074 et 2075 sont hors de cause,

(1) Bourges, 5 juin 1852 (Dalloz, 1854, 2, 125).

puisque ces dispositions ne concernent que le privilége (1) (n[os] 446 et 458).

§ II. *Du droit de rétention.*

500. La loi donne au créancier gagiste un droit de rétention qu'il ne faut pas confondre avec le privilége qui est attaché au gage. Aux termes de l'article 2080, « le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. » Le texte même prouve qu'il s'agit des rapports que le contrat de gage établit entre le créancier et le débiteur. Quand le débiteur peut-il demander la restitution du gage ? Telle est la question à laquelle l'article 2082 répond. La réponse est très-simple : les parties contractantes n'ont traité que sous la foi d'un gage; si le créancier l'a exigé, c'est qu'il n'avait pas confiance dans la personne du débiteur; celui-ci, de son côté, y a consenti, parce que c'était la condition sans laquelle le créancier n'aurait pas traité. Il résulte donc de l'objet même du contrat de gage et de l'intention des parties contractantes que le gage doit rester au créancier tant que le débiteur ne s'est pas libéré entièrement de ce qu'il doit. C'est ce qu'on appelle le droit de rétention; il est fondé sur la loi du contrat.

501. Le droit de rétention concerne uniquement les rapports du créancier et du débiteur. De là suit que les conditions prescrites par les articles 2074 et 2075 pour l'acquisition du privilége sont étrangères au droit de rétention. La loi exige ces formalités pour empêcher que les parties contractantes n'agissent en fraude des tiers; or, les tiers sont hors de cause quand le créancier exerce son droit de rétention; c'est le débiteur qui demande la restitution du gage : le créancier repousse son action en se fondant sur le contrat de gage, c'est-à-dire sur les obligations et

(1) Rejet. 24 mai 1855, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1855, 1, 265).



les droits qui en résultent pour les parties. Le gage est une garantie pour le créancier contre le débiteur; cette garantie assure le payement de la dette; tant que la dette n'est pas payée, la garantie subsiste. Pour jouir du droit de rétention, le créancier n'a besoin que de son contrat, car c'est l'exécution du contrat qu'il demande; peu importe donc que les formalités établies dans l'intérêt des tiers par les articles 2074 et 2075 aient été remplies; le débiteur ne peut pas se prévaloir de l'inaccomplissement de ces conditions, car ce n'est pas dans son intérêt que la loi les a établies, c'est uniquement dans l'intérêt des tiers. Le créancier qui oppose le droit de rétention est, en face de son débiteur, il n'est pas en conflit avec des tiers contre lesquels il demande un droit de préférence; donc on ne peut lui objecter qu'il a négligé de se conformer à la loi. Il réclame l'exécution de l'engagement que le débiteur a contracté envers lui, en lui donnant une garantie réelle pour sa créance. Tant que la dette subsiste, la garantie subsiste également : voilà tout le droit de rétention. Les tiers sont hors de cause, ainsi que le privilége qui appartient au gagiste quand il y a concours de créanciers. Dès lors les articles 2074 et 2075 doivent être écartés (1).

502. Le droit de rétention peut-il être opposé par le gagiste aux autres créanciers? D'après ce que nous venons de dire, cette question n'a point de sens. Le droit de rétention est étranger aux créanciers; ils ne se trouvent en conflit avec le gagiste que lorsque celui-ci réclame son privilége et demande à être payé de préférence aux autres créanciers du débiteur commun. Or, le droit de rétention n'a rien de commun avec le privilége; donc il ne peut être question, pour le gagiste, de s'en prévaloir contre les créanciers; et ceux-ci, de leur côté, peuvent exercer leurs droits sans tenir compte du droit de rétention.

Quel est le droit des créanciers? Ils peuvent saisir les biens de leur débiteur; ils peuvent donc aussi saisir la chose qu'il a donnée en gage, car il en reste propriétaire. Ce droit de saisie, et la vente forcée qui en est la consé-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 624, n° 547, et tous les auteurs.

quence, ne peut pas être entravé par le droit de rétention du créancier gagiste; tout ce que celui-ci peut réclamer quand il est en conflit avec d'autres créanciers, c'est d'être payé par privilége; mais le privilége n'empêche pas les créanciers de saisir le gage, car la saisie ne compromet en rien les droits du créancier gagiste. Quand la chose sera vendue, un ordre s'ouvrira entre les créanciers pour la distribution du prix; et dans cet ordre le gagiste sera colloqué en premier lieu, puisque c'est sur le prix provenant de la vente qu'il exerce son droit de préférence; son droit, loin d'être méconnu, se trouve donc réalisé. Il en est, sous ce rapport, du gagiste privilégié comme de tout autre créancier privilégié ou hypothécaire. Les droits réels qui grèvent les choses affectées du privilége ou de l'hypothèque n'empêchent pas les créanciers non privilégiés ni hypothécaires d'agir : ils peuvent poursuivre l'expropriation du débiteur commun; mais, quand il s'agira de distribuer le prix, un ordre s'ouvrira, et dans cet ordre les créanciers hypothécaires et privilégiés seront payés de préférence aux autres créanciers.

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui parait contraire à cette doctrine universellement admise. La cour a confirmé un arrêt qui prononce la nullité d'une saisie pratiquée par les créanciers, mais il importe de constater dans quelles circonstances la saisie avait été pratiquée. Les créanciers ne s'étaient pas bornés à saisir les choses engagées et à les vendre, ils avaient perçu le prix de la vente sans désintéresser le gagiste et sans même offrir de le désintéresser. En agissant ainsi, ils avaient violé le droit du gagiste, non pas son droit de rétention, mais son privilége; c'est pour ce motif que la saisie a été annulée. L'arrêt attaqué formulait mal le principe; il décidait que le créancier nanti d'un gage ne peut pas plus être dépouillé par les créanciers postérieurs du débiteur que par celui qu'ils représentent, sans être payé intégralement. C'est une erreur que la cour de cassation a relevée. Le droit de rétention et le privilége même qui appartiennent au gagiste n'empêchent pas les autres créanciers de saisir la chose engagée. Ce n'est pas la saisie qui, dans l'espèce, avait compromis et violé le

droit du gagiste, c'est le fait de la part des créanciers saisissants de s'être approprié le prix de la vente; il n'y avait qu'un moyen efficace de sauvegarder les droits du créancier gagiste, c'était d'annuler toute la procédure (1).

503. Aux termes de l'article 2082, le créancier conserve son droit de rétention jusqu'à ce que le débiteur ait entièrement payé la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. La loi dit *payer;* elle suppose le cas ordinaire, le payement étant la voie régulière d'éteindre les obligations. Il va sans dire que si la dette était éteinte intégralement par une autre voie légale, telle que la compensation, le débiteur pourrait agir en restitution; le gage ne peut pas survivre à la dette. Mais il faut que l'extinction de la dette soit intégrale. Le gage est indivisible, de même que l'hypothèque; donc, aussi longtemps qu'une partie quelconque de la dette subsistera, le créancier a le droit de retenir tout le gage; ainsi, si le débiteur payait le capital et les intérêts, il ne pourrait pas demander la restitution du gage s'il y avait des frais non payés. Cela résulte du texte même de l'article 2083. Quant au principe de l'indivisibilité, l'article 2083 le consacre avec ses conséquences habituelles : « Le gage est indivisible, nonobstant la division de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. » La loi ne prévoit pas le cas où le créancier recevrait un payement divisé du débiteur, parce que le débiteur n'a pas le droit de payer la dette par partie; si le créancier consent à recevoir un payement partiel, le gage n'en subsistera pas moins pour le tout, puisqu'il garantit le payement de toute la dette; de sorte que le créancier ne peut pas être forcé de se dessaisir du gage tant que la dette n'est pas intégralement acquittée.

Entre le créancier et le débiteur, toute dette est, en principe, indivisible; la division ne se fait, de droit, qu'à la mort de l'une des parties contractantes. Si le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, la dette se divise de plein droit entre eux; chacun ne doit que sa part et portion héré-

(1) Rejet, 31 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 212). Comparez Pont, t. II, p. 659, n° 1186.

ditaire dans la dette, et il se libère en payant cette portion; néanmoins, dit l'article 2082, il ne peut demander la restitution de sa part dans le gage; la loi suppose que la chose engagée est divisible, ce qui n'empêche pas le gage d'être indivisible; de sorte que l'héritier, quoiqu'il ait payé tout ce qu'il doit, ne peut réclamer sa portion dans le gage que lorsque la dette sera entièrement acquittée.

La dette se divise encore activement quand le créancier meurt laissant plusieurs héritiers : chacun d'eux n'a droit qu'à sa part et portion héréditaire dans la créance; s'il la reçoit, sa créance est éteinte, et néanmoins le gage subsiste; le débiteur ne peut pas demander la restitution du gage tant qu'il n'a pas entièrement acquitté la dette; le gage servira, dans ce cas, à garantir les droits des autres héritiers. L'article 2083 dit que l'héritier qui a reçu sa portion dans la dette ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés. C'est une conséquence du même principe. Tant que la dette n'est pas payée intégralement, le gage subsiste; il n'appartient pas à l'héritier payé de renoncer au gage, ce serait renoncer au droit d'un tiers, ce qui ne se peut.

L'article 2114 (loi hyp., art. 41) porte que l'hypothèque est de sa *nature* indivisible; ce qui implique qu'elle ne l'est pas de son essence. Il en est de même du gage. L'indivisibilité a pour objet de garantir complétement les intérêts du créancier hypothécaire ou privilégié; or, la loi permet aux parties contractantes de régler leurs intérêts comme elles le veulent; elles peuvent donc déroger au principe de l'indivisibilité en stipulant que le gage sera divisible, soit entre le créancier et le débiteur en cas de payement partiel, soit à l'égard des héritiers du débiteur ou du créancier (1). Nous reviendrons sur le principe, au titre des *Hypothèques*.

504. Le droit de rétention n'a lieu, en principe, que pour la garantie de la dette pour laquelle le gage a été donné. Ce principe reçoit une exception dans le cas prévu

(1) Un arrêt de la cour de cassation du 18 décembre 1866 a dérogé à la rigueur de ces principes. Voyez la critique de Pont, t. II, p. 668, n° 1202.



par le deuxième alinéa de l'article 2082. La loi suppose que, postérieurement à la remise du gage, le même débiteur a contracté une nouvelle dette envers le même créancier, et que cette dette est devenue exigible avant le payement de la première; dans ce cas, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde. Les motifs de cette exception ont été exposés par l'orateur du gouvernement, nous allons les transcrire; c'est une justification de la loi et une réponse aux objections qui avaient été faites, au conseil d'État, contre la disposition du projet que le code a définitivement consacrée. Tronchet disait que la convention de gage ne lie les parties que pour la dette dans l'intérêt de laquelle le nantissement a été stipulé; étendre le gage à une nouvelle dette pour laquelle il n'a pas été stipulé, c'est ajouter aux conventions des parties, en les rendant applicables à une dette pour laquelle ces conventions n'ont pas été faites; et, en étendant le droit du créancier, on aggrave la situation du débiteur. Berlier répond : Sans doute il ne faut pas arbitrairement ajouter aux contrats, mais le législateur peut admettre comme complément naturel des conventions ce que les parties ont vraisemblablement voulu elles-mêmes. Reste à prouver que les parties, en contractant une nouvelle obligation, ont entendu que le gage donné pour la première ne pût être réclamé par le débiteur que lorsqu'il aurait payé entièrement les deux dettes. Quelle est la situation des parties? Le créancier a pris un gage pour une première dette; ce qui prouve qu'il n'a voulu traiter que sous la condition d'une garantie réelle. Une seconde dette est contractée par le même débiteur, envers le même créancier, sans qu'il y ait une convention formelle de gage. Peut-on admettre que le créancier veuille traiter avec le débiteur sans garantie aucune? Non, certes; s'il n'a pas stipulé que le gage dont il était détenteur lui servirait de garantie pour la nouvelle dette, c'est qu'il aura jugé cette stipulation inutile. En effet, la nouvelle dette, on le suppose, doit être acquittée avant la première ou en même temps; n'est-il pas naturel de pen-

ser que le créancier aura compté sur le gage dont il était saisi pour répondre de l'une et de l'autre dette? Si telle est l'intention du créancier, de son côté le débiteur ne peut pas se plaindre de ce que l'on aggrave sa condition; les deux dettes sont exigibles, il doit les payer; et s'il remplit son obligation, il aura le droit de réclamer la restitution du gage; mais l'équité permet-elle qu'il ne paye que l'une des dettes, celle pour laquelle il avait donné le gage, alors que le créancier n'aurait pas consenti à traiter avec lui s'il n'avait pas compté sur le gage affecté à la première dette? L'orateur du gouvernement conclut en disant que le projet n'a rien que de conforme à la stricte équité (1).

Ainsi l'Exposé des motifs invoque l'intention probable du créancier et l'équité. Le rapporteur du Tribunat s'exprime dans le même sens. « L'absence d'une stipulation, dit Gary, semble d'abord s'opposer à ce qu'on fasse servir de sûreté pour une dette un gage qui n'y a pas été affecté. Mais, soit *la volonté présumée du créancier,* soit l'*équité* viennent à l'appui de la disposition du projet (2). » Il est bon de constater les motifs tels que les auteurs de la loi les ont exposés, parce que les paroles de Berlier et de Gary ont été invoquées dans une controverse que nous exposerons plus loin. Les motifs des principes, quand on peut les établir avec certitude, servent à résoudre toutes les difficultés que la loi présente dans son application.

505. Les orateurs qui ont expliqué les motifs de la loi insistent sur la situation particulière dans laquelle se trouvent les parties contractantes. C'est à raison de cette situation qu'ils trouvent la décision de la loi juste et équitable. Il faut donc analyser les divers éléments qui ont engagé le législateur à déroger à la règle établie par le premier alinéa de l'article 2082.

La loi suppose d'abord que la dette pour laquelle aucun gage n'a été stipulé a été contractée postérieurement à la remise du gage donné pour une dette antérieure. Si la première dette a été contractée sans gage, et que le créancier exige ensuite un gage pour une seconde dette, il ne

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. VIII, p. 99)
(2) Gary, Rapport, n° 9 (Locré, t. VIII, p. 105).

peut pas étendre ce gage à la première. C'est une dérogation au droit romain; elle s'explique si l'on tient compte de la volonté présumée du créancier. S'il traite d'abord sans stipuler un gage, c'est qu'il a confiance dans la personne du débiteur; ce qui exclut toute idée de garantie réelle. Il est vrai qu'ensuite et à l'occasion d'une dette nouvelle il exige un gage, mais ce gage ne peut pas rétroagir et valoir comme sûreté d'une dette pour laquelle aucune garantie n'a été convenue; la situation des parties est fixée à cet égard par une convention qui leur tient lieu de loi; il faudrait une nouvelle convention pour qu'une dette contractée sans gage fût assurée par un gage nouvellement stipulé. Si l'intention du créancier, en traitant de nouveau avec le débiteur, avait été de stipuler une garantie réelle pour la première dette, il aurait dû le dire, car il s'agit de modifier une loi contractuelle; ce qui ne peut se faire que par un nouveau concours de consentement.

506. L'article 2082 veut, en second lieu, que la nouvelle dette soit devenue *exigible* avant le *payement* de la première. Qu'entend-on ici par *payement?* Est-ce l'époque à laquelle le payement doit avoir lieu, c'est-à-dire l'*exigibilité* de la dette? Si la seconde dette est exigible avant la première, on s'explique facilement pourquoi le gage de l'ancienne s'étend à la nouvelle; l'intention du créancier n'est guère douteuse dans cette hypothèse; il a stipulé un terme de payement plus rapproché précisément parce qu'il comptait sur le gage dont il était nanti, et dont il sera encore nanti lors de l'exigibilité de la nouvelle dette. Cette circonstance explique pourquoi il a jugé inutile de faire une convention formelle de gage pour la sûreté de la nouvelle dette. Il en serait de même si la seconde dette devenait exigible au terme fixé pour la première. Les termes de la loi sont applicables, et son esprit n'est guère douteux; l'Exposé des motifs mentionne formellement cette hypothèse. En stipulant que les deux dettes seraient exigibles à la fois, le créancier a pensé que, restant détenteur du gage jusqu'au moment où le débiteur devrait payer les deux dettes, il pourrait retenir le gage tant que les deux dettes ne seraient pas acquittées.

Il y a une seconde hypothèse qui donne lieu à quelque doute. La seconde dette est stipulée exigible après la première; mais, au moment où le terme échoit, il se trouve que la première dette n'est pas payée : le créancier pourra-t-il retenir le gage pour les deux dettes? Le texte semble décider la question; en effet, l'article 2082 prévoit le cas où la nouvelle dette est devenue exigible avant le *payement* de la première; la loi ne dit pas avant l'*exigibilité* de la première; ce qui est décisif. On objecte que le texte, ainsi entendu, est en opposition avec l'esprit de la loi; la loi suppose que l'intention du créancier est d'affecter le gage à la seconde dette; cela suppose que le gage subsiste quand cette dette est payable; or, la première étant exigible avant la seconde, le créancier doit s'attendre à ce qu'elle soit payée avant celle-ci, et, étant payée, la dette s'éteint ainsi que le gage. A cela on répond, dans l'opinion plus généralement suivie, que la disposition du deuxième alinéa de l'article 2082 n'est pas seulement fondée sur la supposition d'un gage tacite, elle a aussi été introduite par des considérations d'équité. En définitive, l'esprit de la loi laisse un doute; et, en cas de doute, le texte doit l'emporter (1).

507. Il y a une troisième condition : l'article 2082 veut que la nouvelle dette soit contractée par le même débiteur à l'égard du même créancier. Cette condition résulte de la nature même du droit que la loi accorde au créancier : c'est une extension du droit de rétention; or, ce droit existe au profit du créancier à qui le débiteur a remis une chose en gage; pour que la chose serve de gage à une nouvelle dette, il faut naturellement que la dette nouvelle existe entre les mêmes personnes; ce n'est que sous cette condition que l'on conçoit le gage tacite que la loi fonde sur l'intention du créancier et sur l'équité, en ce qui concerne le débiteur. Il suit de là que l'article 2082 ne serait plus applicable si la seconde dette était contractée entre personnes autres que celles qui sont parties dans la première. Tel serait le cas où le gage aurait été fourni par un tiers; ce tiers est étranger à la seconde convention; son engage-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 626, n° 548; Aubry et Rau, t. IV, p. 711, note 2, § 434. En sens contraire, Pont, t. II, p. 664, n° 1195.

ment ne peut pas s'étendre à une dette pour laquelle il n'a pas entendu constituer le gage (1). Ces applications du principe sont si évidentes, que nous croyons inutile d'insister (2).

508. Nous avons supposé, dans nos explications de l'article 2082, que la loi donne au créancier gagiste le droit de rétention contre le débiteur. Telle est aussi l'opinion commune (3). Cependant les auteurs les plus récents enseignent que le créancier n'a pas seulement le droit de rétention contre le débiteur, qu'il a aussi un privilége qu'il peut opposer aux tiers créanciers (4). C'est une de ces opinions nouvelles que nous repoussons de toutes nos forces, parce qu'elles tendent à faire un nouveau code civil; et, à notre avis, le code Napoléon vaut mieux que celui que les interprètes veulent lui substituer sans qu'ils en aient le droit. Il y a une objection invincible contre l'interprétation que nous combattons, c'est le texte de la loi, et l'esprit est aussi clair que la lettre. De quoi s'agit-il dans le second alinéa de l'article 2082? D'une exception à la règle établie par le premier alinéa. Or, l'exception porte naturellement sur le principe auquel il déroge. Et que dit le principe? Que le créancier gagiste a le droit de rétention; donc l'exception doit aussi concerner le droit de rétention. Il n'est pas dit un mot du privilége du créancier gagiste dans le premier alinéa; et l'on veut que le second, qui étend, par exception, la disposition du premier à un cas que la règle ne comprenait pas, donne au créancier un privilége! Cela est contraire aux principes les plus élémentaires en matière d'interprétation. Pour que l'exception comprît autre chose que la règle, il faudrait que le texte le portât formellement. Est-ce que le deuxième alinéa parle du privilége? Pas un mot; la loi dit que, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, « le créancier ne pourra être tenu de se *dessaisir du gage* avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre

(1) Liége, 3 décembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 89).
(2) Comparez Pont, t. II, p. 665, nos 1196 et 1197 et les auteurs qu'il cite.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 711, note 4, § 434, et les auteurs qu'ils citent.
(4) Mourlon, Examen critique, no 227. Pont, t. II, p. 665, no 1199.

dette. » Voilà bien le droit de rétention, et non le privilége. La loi étend le droit de rétention à une dette nouvelle; elle n'accorde pas au créancier un privilége pour cette nouvelle dette. Autre est le privilége, autre est le droit de rétention; le premier s'exerce contre les tiers et donne au créancier un droit de préférence; le second s'exerce contre le débiteur, à l'égard duquel il ne peut être question d'un droit de préférence. Voilà pourquoi le droit de rétention n'est pas soumis aux formalités prescrites par les articles 2074 et 2075 pour le privilége. Et l'on veut que, sans l'accomplissement de ces formalités, sans une convention de gage, sans un acte enregistré, sans signification de cet acte, s'il s'agit d'une créance, le gagiste ait un privilége contre les tiers! N'avons-nous pas raison de dire que le code Napoléon vaut mieux que celui que les interprètes veulent mettre à sa place? Quoi! la loi exige des conditions rigoureuses pour que le créancier puisse opposer son privilége aux tiers; et quand il s'agit d'un gage tacite, la loi oublierait sa prévoyance et sa sollicitude, et elle donnerait au gagiste un privilége contre les tiers sans garantie aucune pour les tiers!

On invoque l'esprit de la loi, c'est-à-dire les travaux préparatoires. La question a été vivement débattue devant la cour de cassation de Belgique; la cour a repoussé, dans un excellent arrêt, l'innovation que l'on voulait lui faire consacrer. La cour dit que l'article 2082 n'établit ni privilége ni droit de rétention opposable aux tiers; la loi se borne à accorder au créancier un droit de rétention à l'égard du débiteur. On n'a qu'à lire le texte pour se convaincre que le mot de *privilége* ne s'y trouve pas; pour l'y introduire, le pourvoi prétendait que le droit de rétention que l'article 2082 consacre peut être opposé aux tiers. La cour répond qu'un pareil droit serait un privilége, et que les priviléges ne s'établissent pas par voie d'induction; que les droits de préférence ne peuvent résulter que d'une disposition expresse de la loi, parce que le législateur seul a le droit de les créer. Pour réfuter complétement la doctrine défendue par le pourvoi, la cour de cassation remonte à l'origine du droit exceptionnel que le législateur a consa-

cré. On sait que le code Napoléon n'a fait que reproduire, avec quelques modifications, une loi du code de Justinien connue sous le nom de loi *Etiam;* or, cette loi disposait, en termes formels, que le droit de rétention qu'elle accordait au créancier n'avait pas lieu à l'égard d'un second créancier. Basée sur l'équité, la loi romaine permettait au gagiste d'écarter la demande en restitution du gage par une exception de dol; or, cette exception de dol, personnelle de sa nature, ne peut être opposée à des créanciers qui, en agissant sur les biens de leur débiteur, ne font qu'exercer un droit. La cour de cassation invoque encore le rapport de Gary, qui assimile le droit de rétention de l'article 2082, 2e alinéa, à une saisie-arrêt que le créancier fait entre ses propres mains; ce qui exclut toute idée d'un droit de préférence. Ainsi l'esprit de la loi est d'accord avec le texte pour condamner une interprétation qui n'a aucune base, ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi (1). Il y a un arrêt postérieur, de la cour de Bruxelles, dans le même sens; nous croyons inutile de l'analyser; la cour ne fait que reproduire, avec une grande force, les arguments que nous avons fait valoir (2).

§ III. *Droit de vente.*

509. Le gage est une garantie stipulée par le créancier pour assurer le payement de la dette. En quoi consiste cette garantie? L'article 2073 l'explique : si le débiteur ne paye pas, le créancier a le droit de se faire payer sur la chose qui lui a été donnée en gage par préférence aux autres créanciers. Reste à savoir comment le créancier peut se faire payer sur la chose engagée. L'article 2078 répond à la question : « Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. »

(1) Rejet, 26 avril 1872, au rapport de Girardin (*Pasicrisie*, 1872, 1, 244).
(2) Bruxelles, 22 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 314).

Le créancier ne peut disposer du gage en se l'appropriant; il n'a droit qu'à être payé sur le gage, de même que le créancier hypothécaire a le droit de se faire payer sur l'immeuble hypothéqué; mais le créancier gagiste, pas plus que le créancier hypothécaire, ne peut s'approprier la chose. La loi ne le dit point pour le créancier hypothécaire: pourquoi le dit-elle pour le créancier gagiste? L'orateur du gouvernement en donne la raison dans l'Exposé des motifs. D'ordinaire la valeur du gage est supérieure au montant de la dette: cela n'a aucun inconvénient si le débiteur paye et retire le gage; mais cela présenterait un grand danger si le gage devenait la propriété du créancier à défaut de payement. Le débiteur, pressé par le besoin et espérant qu'il pourra retirer le gage en acquittant la dette, donne en nantissement une chose dont la valeur dépasse le montant de la dette; puis il se trouve dans l'impossibilité de payer; ainsi, dit Berlier, un effet précieux servira à acquitter une dette modique. Qu'en résulterait-il? C'est que la convention de gage enrichirait le créancier et ruinerait le débiteur. Voilà ce que la loi a voulu empêcher. Le gage est un contrat favorable, en tant qu'il procure du crédit au débiteur, en offrant au créancier une garantie pour l'exécution de l'engagement; il deviendrait odieux et contraire à l'ordre public s'il favorisait l'exploitation de la misère par la cupidité (1).

510. Le créancier gagiste doit s'adresser à la justice pour faire ordonner que le gage lui demeurera en payement ou qu'il sera vendu aux enchères. Pourquoi la justice intervient-elle? C'est une garantie pour le débiteur : l'intervention du juge empêchera le créancier de s'approprier le gage. On a objecté que la garantie pourrait devenir préjudiciable à celui dans l'intérêt duquel elle est établie; on ne s'adresse pas à la justice sans frais, et c'est le débiteur qui les supporte. L'orateur du gouvernement répond que, si le principe est bon, il faut l'admettre, sauf à veiller à ce que le recours forcé à la justice soit simple et peu dispendieux: cet objet, dit Berlier, ne sera pas négligé dans le code de

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. VIII, p. 99).

procédure. L'espoir n'a pas été réalisé; c'est un des grands vices de notre législation, car la justice qui ruine les justiciables n'est plus une justice.

En quel sens la justice intervient-elle? Le juge ordonne que le gage demeurera au créancier en payement de ce qui lui est dû, ou qu'il sera vendu aux enchères. Cela veut-il dire que le juge décidera si le gage sera vendu ou s'il demeurera au créancier? Le rapporteur du Tribunat semble donner ce pouvoir au juge : « Si, dit-il, le gage est d'une valeur si modique qu'elle doive être absorbée par les frais d'une vente aux enchères, les juges se contenteront d'ordonner l'estimation. » On en a conclu que c'est à la justice d'ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur (1). Telle n'est pas la mission ordinaire des tribunaux; ils n'interviennent pas pour sauvegarder des intérêts, c'est là l'objet de la juridiction volontaire : la juridiction contentieuse, dont les juges sont investis, décide les questions de droit en adjugeant ou en rejetant les conclusions du demandeur. C'est donc au créancier à voir ce qu'il est de son intérêt de demander, ou que la chose lui demeurera en payement, ou qu'elle sera vendue aux enchères; et le juge doit ordonner ce que le créancier demande. Si la justice intervient, c'est uniquement pour empêcher que le créancier ne s'approprie le gage. Le droit même que l'article 2078 accorde au créancier prouve que c'est à lui de choisir ce qu'il veut demander. Il peut faire ordonner par la justice que le gage lui demeurera en payement de ce qui lui est dû; dans ce cas, il devient propriétaire de la chose; or, conçoit-on qu'il devienne propriétaire malgré lui? C'est ce qui arriverait néanmoins si le créancier demandait la mise aux enchères et si le juge décidait que la chose lui demeurerait en payement; cela n'est pas admissible (2).

511. Le créancier peut demander, d'abord que le gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence, ce qui

(1) Gary, Rapport, n° 11 (Locré, t. VIII, p. 165). Duranton, t. XVIII, p. 613, n° 536.

(2) Pont, t. II, p. 636, n° 1146. Aubry et Rau, t. IV, p. 712, note 7, § 434. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 110, note 8.

implique la nécessité d'une estimation; l'article 2078 veut qu'elle se fasse par experts. Il a cependant été jugé que le tribunal pouvait lui-même faire l'estimation. Dans l'espèce, il s'agissait d'actions négociables à la Bourse : le tribunal décida qu'elles resteraient au créancier pour une valeur déterminée par la cote publique de la Bourse. Une expertise, dans ces circonstances, eût été inutile et, partant, frustratoire. D'ailleurs il est de principe que les juges sont experts de droit; alors même que la loi ordonne une expertise, c'est pour éclairer la conscience du juge; si le juge se trouve suffisamment éclairé, pourquoi recourrait-il à une expertise qui ne peut apporter aucune lumière dans le débat? La cour de cassation ajoute qu'il n'en serait autrement que dans le cas où une disposition expresse de la loi rendrait l'expertise obligatoire pour le juge; or, l'article 2078 dispose dans les termes du droit commun : il est certain que le juge ne serait pas lié par l'avis des experts; le juge peut donc décider lui-même sans ordonner une expertise. Cela est aussi fondé en raison; on se plaint des frais auxquels donne lieu l'intervention de la justice; la plainte serait plus que légitime si la justice ordonnait des mesures d'instruction sans utilité aucune (1).

512. Le créancier peut aussi demander que le gage soit vendu aux enchères, c'est-à-dire avec publicité et concurrence : c'est une garantie pour le débiteur que la chose sera vendue à sa véritable valeur. Suffit-il que la vente se fasse aux enchères? On enseigne que la vente doit se faire d'après les formes établies pour la saisie-exécution (2). Il a été jugé, en sens contraire, que les dispositions du code de procédure sur la saisie-exécution ne sont pas applicables à la vente du gage. En effet, aucune loi ne les prescrit en matière de nantissement; l'article 2074 n'exige que la publicité, et le code de procédure suppose une vente forcée sur saisie; or, la vente du gage n'est pas une vente forcée, et il n'y a pas de saisie. Dans l'espèce jugée par la cour de Liége, il s'agissait de vins donnés en nantissement; les

(1) Cassation, 1er juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 274). Comparez Rejet, 4 avril 1866 (Dalloz, 1867, 1, 33).
(2) Pont, t. II, p. 638, n° 1149.



vins se trouvaient à l'entrepôt de Verviers. Le créancier fit procéder à la vente par le ministère d'un huissier, avec publicité et en observant les formalités d'usage dans les ventes de marchandises qui se trouvent à l'entrepôt. La vente faite dans ces formes a été validée; nous croyons que la cour a bien jugé (1).

Faut-il nécessairement que le créancier obtienne l'autorisation de justice pour procéder à la vente, ou les parties peuvent-elles convenir que, si le débiteur ne paye pas, le créancier aura le droit de vendre le gage aux enchères, sans être tenu de demander la permission du juge? On enseigne, en se fondant sur la tradition, que cette convention serait valable, et on ajoute qu'elle serait même inutile si le créancier avait un titre exécutoire. En théorie, nous serions de cet avis, mais il s'agit de savoir ce que la loi veut; or, l'article 2078 est formel, il veut que la vente aux enchères soit ordonnée en justice; et la loi ajoute que toute clause qui autoriserait le créancier à disposer du gage sans ces formalités est nulle; et l'intervention de la justice est une de ces formalités. Sans doute le créancier qui a un titre exécutoire ne doit pas s'adresser à la justice, il peut saisir et faire vendre les biens du débiteur; mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas de saisie ni de vente forcée; l'article 2078 contient une disposition toute spéciale pour le cas où un gage doit être vendu : la loi exige, dans ce cas, une ordonnance de justice pour garantir les droits du débiteur; la question se réduit donc à savoir si le débiteur peut renoncer à une garantie que la loi lui donne; or, la loi décide la question, puisqu'elle annule les clauses qui dérogeraient à ces dispositions.

513. L'application de l'article 2078 a soulevé une autre difficulté. On demande si le créancier peut se porter adjudicataire. La solution dépend du point de savoir si l'article 1596 est applicable au créancier gagiste. Aux termes de cette disposition, « ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre. » Le créancier gagiste qui fait vendre

(1) Liége, 16 janvier 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 20).

le gage est-il le mandataire du débiteur? Non, à notre avis; il n'est pas plus mandataire que tout créancier qui fait vendre les biens de son débiteur, c'est en son propre nom qu'il agit, et non au nom du débiteur; il est vrai que c'est la chose de celui-ci qui est vendue, mais cela ne suffit pas pour que le créancier soit mandataire. Il y a un arrêt, en ce sens, de la cour de Liége; la cour dit très-bien que le créancier, à la différence du mandataire, est intéressé à enchérir, afin de faire vendre la chose à sa valeur véritable, valeur dont il profite, puisqu'il a un privilége sur le prix (1). La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire, mais sans motiver sa décision (2).

514. La vente des valeurs cotées à la Bourse ne se fait pas aux enchères, elle se fait à la Bourse par le ministère d'un agent de change. Il y a, sur ce point, une législation spéciale qui déroge à la règle générale de l'article 2078 (3). La cour de cassation de Belgique l'a décidé ainsi; elle dit très-bien que la vente à la Bourse est plus avantageuse aux parties, et remplit, par conséquent, mieux le but de la loi qu'une vente aux enchères (4). La jurisprudence française est dans le même sens (5).

Mais la législation spéciale ne déroge à l'article 2078 que pour ce qui regarde les formes de la vente, elle n'y déroge pas en ce qui concerne la nécessité d'une ordonnance de justice; en ce point le code civil est absolu, il faut toujours un jugement qui autorise la vente, quelles que soient les formes dans lesquelles la vente se fasse. La cour de Liége a annulé une vente d'actions faite à la Bourse, par le créancier, sans qu'il y fût autorisé par le tribunal (6).

515. L'article 2078 ne dit pas qui supporte les frais du jugement et de la vente ou de l'expertise, s'il y a lieu. En

(1) Liége, 16 janvier 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 20).
(2) Rejet, 7 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 35). Pont, t. II, p. 638, n° 1149.
(3) Loi du 4 mars 1806, décret du 25 septembre 1806, avis du conseil d'État des 17 novembre 1807-11 janvier 1808. Code de commerce, art. 76.
(4) Rejet, 18 février 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 1, 31).
(5) Paris, 13 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 93).
(6) Liége, 5 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 150).



principe, les frais sont supportés par celui qui les occasionne ; donc, dans l'espèce, par le débiteur, car c'est parce que le débiteur ne paye pas que le créancier est obligé de s'adresser à la justice. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi. On faisait une objection très-spécieuse dans l'intérêt du débiteur. Le créancier avait fait assigner le débiteur; celui-ci ne s'opposa pas aux conclusions du demandeur; le tribunal, en les adjugeant au créancier, condamna le débiteur aux frais. Appel. Néanmoins le débiteur soutint qu'il ne pouvait être condamné aux frais, vu qu'il n'avait point contesté la demande formée à sa charge. La cour de Bruxelles confirma le jugement, en se fondant, d'une part, sur l'obligation que la loi impose au créancier de faire ordonner la vente en justice, et, d'autre part, sur le défaut de payement du débiteur qui avait rendu l'instance nécessaire (1).

516. L'article 2078 donne au créancier le droit de faire vendre le gage à défaut de payement. Que faut-il décider si le créancier n'use pas de ce droit? Le débiteur pourra-t-il forcer le créancier à vendre? La cour de Bruxelles s'est prononcée en faveur du créancier, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Quel est le but du contrat de gage? C'est une garantie pour le créancier. La garantie consiste d'abord dans le privilége qu'il a à l'égard des autres créanciers, ce qui implique la vente du gage. Le créancier a encore un autre droit, c'est de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé. Si le droit de rétention suffit pour garantir les intérêts du créancier, le débiteur n'a pas le droit de le forcer à vendre : il n'a qu'un moyen d'obtenir la restitution du gage, c'est de payer. Tant qu'il ne paye pas, le créancier conserve son droit de rétention. On objecte, dans l'intérêt du débiteur, que cette doctrine aboutit à perpétuer le gage si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de payer la dette. La cour de Bruxelles répond que rien n'empêche le débiteur de vendre les objets dont le créancier est nanti et de payer le créancier avec le prix de la vente. Toutefois la cour avoue que la vente d'objets détenus par le créancier gagiste offre des difficultés (2). Il y a là un conflit de droits

(1) Bruxelles, 25 juin 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 165).
(2) Bruxelles, 8 novembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 5).

et d'intérêts que le législateur n'a pas prévu, parce qu'il se présente rarement. C'est une lacune que nous signalons au législateur.

517. L'article 2078 est-il applicable en matière de commerce? Sous l'empire du code de commerce, la question était controversée. La loi du 5 mai 1872 a maintenu le principe du code civil en ce qui concerne l'appropriation du gage : aux termes de l'article 10, toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales est nulle. Mais la loi nouvelle déroge au code civil quant aux formalités à suivre pour la réalisation du gage; l'article 4 est ainsi conçu : « A défaut de payement à l'échéance de la créance garantie par le gage, le créancier peut, après une mise en demeure signifiée à l'emprunteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et en s'adressant par requête au président du tribunal de commerce, obtenir l'autorisation de faire vendre le gage, soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président et par la personne qu'il désigne. » La loi permet au débiteur de former opposition à l'ordonnance du président; nous renvoyons, sur ce point, au texte, la matière ne rentrant pas dans le cadre de notre travail (1).

La loi de 1872 déroge au code civil, non-seulement en ce qui concerne les formes d'après lesquelles la vente du gage peut ou doit se faire, elle enlève au créancier un droit que lui donnait l'article 2078, celui de demander que la chose engagée lui demeurera en payement de ce qui lui est dû, d'après une estimation faite par experts. Cela a été ainsi jugé par la cour de Gand, et sur ce point il n'y a pas de doute (2). Mais nous faisons nos réserves sur l'application que la cour a faite de la loi nouvelle à un contrat de gage passé sous l'empire de la loi ancienne. Il était dit dans l'acte que le créancier pourrait, à défaut de payement, user des droits que lui donne l'article 2078. La cour a jugé que cette clause ne concernait que l'exécution de la convention, et que le mode d'exécution d'un contrat est tou-

(1) Comparez, sur la législation française, Pont, t. II, p. 641, nos 1152-1154. Aix. 25 mars 1874 (Dalloz, 1875, 2, 112).

(2) Gand, 6 février 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 183).



jours régi par la loi nouvelle, sans que le créancier puisse se prévaloir de la loi ancienne comme d'un droit acquis. Cela est trop absolu; nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit sur l'article 2 (t. 1, nos 227-231).

518. L'article 2078 ajoute une sanction à la prohibition qu'il prononce : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » Il n'est donc pas permis au débiteur de renoncer aux garanties que la loi a établies en sa faveur. Ces garanties ont pour objet de protéger la misère contre la cupidité des usuriers; les besoins qui forcent le débiteur à emprunter sur gage l'auraient forcé aussi à subir la loi du créancier; ainsi le pacte commissoire, déjà réprouvé par les lois romaines, serait devenu une clause de style (1). La loi ne pouvait donc pas admettre de renonciation en cette matière, puisque le débiteur ne jouit pas de son entière liberté.

Il ne faut cependant pas induire de l'article 2078 que toute espèce de clause concernant la disposition du gage soit défendue. La loi déroge au droit commun, qui permet aux parties de régler leurs intérêts comme elles l'entendent (2); elle est donc de stricte interprétation. Quelles sont les clauses que le code a entendu prohiber? D'abord la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage. Le créancier peut demander que le gage lui demeure, mais il faut qu'il le demande à la justice et que la valeur de la chose soit déterminée judiciairement. L'article 2078 prohibe encore et annule la clause qui permettrait au créancier de disposer de la chose sans les formalités légales; il en peut disposer en provoquant la vente aux enchères, ce qui est une garantie pour le débiteur; il ne le peut pas sans cette garantie, et il faut de plus que la vente soit autorisée par le juge.

Sur la nécessité de l'intervention du juge il y a controverse. Merlin et Troplong ont soutenu que les parties pouvaient stipuler que la vente se ferait sans autorisation de

(1) Gary, Rapport, n° 11 (Locré, t. VIII, p. 105.

(2) Voyez la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, séance du 10 ventôse an XII, n° 10 (Locré, t. VIII, p. 93).

justice, pourvu qu'elle eût lieu aux enchères. Ils invoquent la tradition. Si l'on consultait le code avant de consulter la tradition! Celle-ci est abrogée, ce n'est plus que de l'histoire. La question s'est présentée devant la cour de Liége; l'organe du ministère public, M. Beltjens, un de nos meilleurs jurisconsultes, s'exprima en termes assez sévères sur l'interprétation que les auteurs donnaient à l'article 2078: il faut croire, dit-il, que Merlin n'avait pas le texte sous les yeux quand il a affirmé que la loi permettait de stipuler que le créancier pourrait faire vendre le gage; la loi dit bien formellement le contraire. Quant à Troplong, il trouve bon de scinder la loi; il l'applique en ce qui concerne la nécessité de vendre aux enchères; il ne l'applique pas en ce qui concerne la nécessité de l'autorisation de justice. Qui l'autorise à scinder la loi, ce qui aboutit à légitimer ce que la loi défend? Le juge, dit-il, aurait été obligé d'autoriser la vente sur la demande du créancier; les parties ne font donc que ce que le juge aurait dû faire à leur place; la seule chose qui importe au débiteur, c'est que la vente se fasse aux enchères. Cela n'est pas exact; le texte de l'article 2078 est formel, et cela devrait suffire. L'esprit de la loi est aussi en faveur du débiteur. En effet, l'intervention de la justice est une garantie pour lui; le juge n'est pas tenu d'autoriser la vente immédiate, il peut accorder un délai au débiteur; il peut aussi refuser l'autorisation si la clause tend indirectement à priver le débiteur du bénéfice des formes légales, ou à permettre au créancier de s'approprier le gage. La loi prescrit des garanties, et elle veut que le juge intervienne pour assurer que ces garanties ne seront pas éludées. La cour de Liége s'est prononcée en ce sens (1).

519. La loi dit : « Toute *clause* est nulle. » Cela suppose une clause de la convention de gage; par conséquent, une clause arrêtée au moment où le contrat se forme. C'est, en effet, à ce moment que le débiteur subit la loi du créancier et qu'il est forcé de consentir à toutes les conditions

(1) Liége, 29 mai 1852, et le Réquisitoire de Beltjens (*Pasicrisie*, 1852, 2, 413).



que celui-ci lui impose. En faut-il conclure que si, postérieurement au contrat de nantissement, il intervenait une convention par laquelle le créancier serait autorisé à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités légales, la convention serait valable? On enseigne que la convention serait nulle si elle intervenait avant l'échéance de la dette, parce que, dit-on, le débiteur, quoiqu'il ait reçu les deniers dont il avait besoin, est encore dans la dépendance de son créancier, celui-ci pouvant user de rigueur dans l'exécution du contrat (1). Il y a du vrai dans cette considération; mais n'a-t-elle pas pour effet d'étendre une nullité, ce qui aboutit à la créer? Il nous semble qu'il serait plus juridique de poser en principe que les conventions postérieures au nantissement sont valables, à moins qu'elles ne soient faites en fraude de la loi, c'est-à-dire qu'elles seraient nulles si elles avaient été arrêtées lors de la mise en gage; si, pour échapper à la nullité, elles avaient été rédigées postérieurement, dans ce cas, on pourrait dire que ce sont, en réalité, des clauses du contrat de gage. Il va sans dire, du reste, que le débiteur qui consentirait une convention que la loi prohibe lors du nantissement serait admis à prouver que sa volonté n'a pas été libre. C'est le droit commun; l'article 2078 déroge au droit commun en présumant que le débiteur a subi une contrainte morale. Cette présomption, nous semble-t-il, ne peut pas être étendue au delà des termes de la loi.

520. On enseigne généralement que la vente consentie postérieurement au contrat, par le débiteur au créancier, même avant l'échéance de la dette, est valable, bien qu'elle ait pour effet de transporter la propriété du gage au créancier. Cette doctrine n'est-elle pas en opposition avec celle que nous venons de combattre? La vente que l'on déclare valable est aussi une convention dont l'effet est que le créancier s'approprie le gage; elle est consentie, nous le supposons, à un moment où le débiteur n'a pas recouvré son entière liberté, puisqu'il est encore dans les liens de son engagement. Donc il faudrait dire que la vente est nulle.

(1) Troplong, contre Bartole, n° 386; suivi par Pont, t. II, p. 645, n° 1157.

On s'accorde cependant à la déclarer valable. Pourquoi? Au conseil d'Etat, il a été dit que, dans ce cas, la liberté des conventions devait l'emporter; mais n'en doit-on pas dire autant de toutes les conventions qui interviennent entre les parties après le contrat de gage? On convient, du reste, que la vente, aussi bien que toute autre convention, peut ne pas être contractée librement par le débiteur, mais la loi n'a pas entendu prohiber toute espèce de conventions entre les parties. Cela revient à dire que la liberté reste le droit commun et que la prohibition forme l'exception (1). Ce qui est bien notre avis.

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Quand, postérieurement au contrat de gage, le débiteur vend le gage au créancier, il paye, en réalité, sa dette sous la forme d'une action en payement; or, la loi ne défend pas au débiteur de se libérer en donnant le gage en payement de ce qu'il doit; ce qui est décisif (2).

521. Par identité de raison, l'on admet que le débiteur peut, postérieurement au contrat de gage, autoriser le créancier à vendre la chose engagée à un tiers. Il est vrai que cela aboutit à permettre au créancier de disposer de la chose engagée sans les formalités légales; mais, dit-on, la prohibition prononcée par l'article 2078 concerne seulement l'autorisation qui serait donnée au créancier lors du contrat et dans l'acte même de nantissement. Dans notre opinion (nº 519), cela ne souffre aucun doute : c'est l'application du principe de la liberté des conventions. Mais, dans l'opinion qui étend la défense de la loi aux conventions postérieures, il y a inconséquence évidente. La jurisprudence s'est prononcée, dans l'espèce, pour la liberté des conventions (3). On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que l'autorisation de vendre ne contrevient nullement à l'article 2078, parce que cette autorisation n'est pas une clause de l'acte de nantissement, mais un fait postérieur; et que

(1) Duranton, t. XVIII, p. 615, nº 537. Aubry et Rau, t. IV, p. 712, note 10, § 434. Pont, t. II, p. 647, nº 1162.

(2) Rejet, 31 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 279), et 22 mai 1855 (Dalloz, 1856, 1, 171). Cour de cassation de Belgique, Rejet, 4 mars 1865 (*Pasicrisie* 1865, 1, 211).

(3) Rejet, 25 mars 1835 (Dalloz, au mot *Nantissement*, nº 265).

ce fait, n'ayant pas été posé dans le temps où le débiteur se trouvait sous l'influence et dans la dépendance directe du créancier, ne tombe pas sous la prohibition de la loi (1). Cela est très-vrai, mais les motifs s'appliquent identiquement à toute convention postérieure à l'acte de gage; donc toutes doivent être validées, la fraude toujours exceptée.

522. La jurisprudence se montre parfois trop favorable à la liberté des conventions. Un débiteur donne une créance en gage à son créancier; il l'autorise, en cas de non-payement, à toucher directement le montant de la créance sur sa simple quittance. Cette convention est-elle valable? La cour de Liége s'est prononcée pour la validité, en décidant que ce n'était pas un nantissement, mais une dation en payement ou une cession de la créance, consentie sous condition (2). Il nous semble que c'est violer l'article 2078. Les parties n'entendaient pas vendre, elles avaient déclaré donner et recevoir une créance en nantissement; cela est si vrai que, si le débiteur avait payé sa dette, le créancier n'aurait eu aucun droit sur la créance. Sans doute, dit-on, mais cela n'empêche pas qu'il y eût une vente conditionnelle. Nous répondons que c'est précisément cette vente conditionnelle que l'article 2078 prohibe. En effet, la clause qui autorise le créancier à s'approprier le gage pourrait aussi être qualifiée de vente conditionnelle, l'appropriation n'ayant lieu que si le débiteur ne paye pas. La loi prohibe cette appropriation conditionnelle, consentie lors du contrat, parce qu'elle présume que le débiteur ne la consent pas librement. Si les parties pouvaient faire sous forme de vente ce que la loi leur défend de faire sous forme d'appropriation, rien ne serait plus facile que d'éluder la défense de l'article 2078; pour mieux dire, la loi permettrait de faire indirectement ce qu'elle défend de faire directement.

§ IV. *Obligations du créancier.*

523. Le créancier est tenu de restituer la chose engagée lorsque le débiteur a payé entièrement la dette pour

(1) Bruxelles, 21 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 50).
(2) Liége, 27 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 302).

laquelle le gage a été donné (art. 2082). Il est donc débiteur de la chose qu'il a reçue en nantissement, et, comme tel, il doit la conserver avec les soins d'un bon père de famille. C'est ce que dit l'article 2080 : « Le créancier répond, selon les règles établies au titre des *Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. »

521. Il y a divers degrés de faute : quelle est celle dont le créancier gagiste est tenu ? L'article que nous venons de transcrire répond à la question, en renvoyant aux règles établies au titre des *Obligations*. Or, l'article 1137 oblige tout débiteur d'un corps certain à veiller à la conservation de la chose avec les soins d'un bon père de famille; ce qui veut dire, dans le langage traditionnel, que le créancier gagiste est tenu de la faute légère. Il y a des exceptions à la règle, et l'on a prétendu que l'une de ces exceptions s'appliquait au créancier gagiste. L'article 2079 dit que le gage n'est, dans la main du créancier, qu'un *dépôt* qui assure son privilége; or, aux termes de l'article 1927, le dépositaire ne doit apporter dans la garde de la chose déposée que les soins qu'il met dans la garde des choses qui lui appartiennent. Donc, dit Zachariæ, le gagiste n'est tenu que de la faute appelée faute légère *in concreto*. Voilà un exemple de l'interprétation mécanique et de l'application inintelligente des principes, que nous repoussons de toutes nos forces, quoique nous prêchions à chaque occasion le respect du texte, mais nous le respectons dans son véritable sens. En assimilant le gage à un dépôt, le législateur n'a certes pas voulu dire que le créancier gagiste ne serait tenu que des obligations du dépositaire en ce qui concerne la garde de la chose. Pourquoi le dépositaire répond-il d'une faute moindre que celle dont sont tenus les débiteurs en général ? C'est parce qu'il rend un service gratuit. Est-ce que le créancier gagiste rend un service gratuit au débiteur en gardant la chose engagée ? La convention de gage est faite dans l'intérêt du créancier autant que dans celui du débiteur; c'est dire que le créancier reste sous l'empire du droit

commun, puisque l'exception ne lui est pas applicable. Telle est aussi l'opinion générale (1).

525. Le débiteur a une action en restitution du gage, et, si le créancier ne représente pas le gage, une action en indemnité, en supposant qu'il y ait faute de la part du créancier. Quelle est la durée de cette action? C'est une action personnelle; donc elle est soumise à la prescription ordinaire de trente ans. Cette prescription ne commence à courir que du jour où le débiteur a payé la dette. C'est l'application du principe établi par l'article 2257, sur lequel nous reviendrons, au titre qui est le siége de la matière. Tant que le débiteur n'a pas payé, il n'a pas le droit d'agir; son action est donc subordonnée à une condition; par suite, la prescription ne court point tant que la condition n'est pas arrivée. On objecte que le débiteur a l'action en revendication, et que cette action est imprescriptible, puisque le créancier, étant possesseur précaire, ne prescrit jamais, par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236). Nous répondons que l'action du débiteur n'est pas une action en revendication, car on ne revendique pas les choses mobilières, sauf quand il s'agit de choses volées ou perdues; d'un autre côté, le créancier cesse d'être possesseur précaire lorsque la dette est payée, en ce sens que la précarité de sa possession ne peut plus être établie; elle ne pourrait l'être que par l'action en restitution qui naît du gage; or, nous supposons que cette action est prescrite (2).

526. « De son côté, dit l'article 2080, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose. » Cette disposition est mal rédigée. Elle confond les dépenses nécessaires et les dépenses utiles, qui sont régies par des principes très-différents. Tout détenteur d'une chose est tenu de la conserver, et, par conséquent, de faire les dépenses de conservation sans lesquelles la chose périrait ou se détériorerait. Obligé d'avancer ces frais, le créancier gagiste a naturellement une action en indemnité pour le mon-

(1) Pont, t. II, p. 651, n° 1152, et les auteurs qu'il cite.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 714, note 2, § 435, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire, Pont, t. II, p. 649, n° 1166.

tant total de la dépense; la loi lui donne même un privilége pour assurer le payement de la créance (art. 2102, n° 3; loi hyp., art. 20, n° 4). Il n'en est pas de même des dépenses utiles qui se font pour améliorer la chose. En principe, il faudrait décider que le créancier gagiste n'a pas le droit de faire des dépenses d'amélioration; il doit se borner à conserver la chose pour la rendre telle qu'il l'a reçue. Toutefois la loi lui donne le droit de répéter les dépenses utiles; ce qui veut dire qu'il peut les répéter en tant qu'elles sont utiles au débiteur, donc jusqu'à concurrence du profit que celui-ci en retire. La loi ne donne pas de privilége pour les dépenses utiles faites sur une chose mobilière. C'est l'opinion de tous les auteurs (1). Vainement dirait-on que la loi ne distingue pas entre les dépenses utiles et les dépenses nécessaires, et qu'il n'est pas permis à l'interprète d'introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas. Ce serait encore une interprétation mécanique; il faut distinguer quand les principes l'exigent; or, dans l'espèce, la distinction est commandée par la nature même des dépenses.

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

527. Le mot *antichrèse* est grec; on se dispute sur la signification étymologique. Cela est assez indifférent. Les Romains, qui empruntèrent à la Grèce le mot et la chose, entendaient par là un contrat par lequel le débiteur abandonne à son créancier la jouissance d'un immeuble pour lui tenir lieu des intérêts de la dette; c'était donc une con-

(1) Duranton, t. XVIII, p. 619, n° 542. Aubry et Rau, t. IV, p. 713, note 14, § 434. Pont, t. II, p. 652, n° 1173.

vention aléatoire, les fruits pouvant valoir plus ou moins que les intérêts. Dans l'ancienne jurisprudence, l'antichrèse changea de nature; le créancier n'acquérait la faculté de percevoir les fruits qu'à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en était dû, et ensuite sur le capital de sa créance. Le contrat ainsi modifié n'était guère usité que dans les pays de droit écrit et dans le ressort du parlement de Paris. Les auteurs du code ne l'avaient pas mentionné dans le premier projet. On a dit que ce n'est pas un contrat de peuple civilisé. En effet, l'hypothèque est généralement plus avantageuse; elle laisse au débiteur la possession de l'immeuble et elle donne au créancier un droit réel qu'il peut faire valoir contre les tiers; tandis que l'antichrèse dépouille le débiteur de la possession et ne donne pas au créancier un véritable droit réel. Mais la puissance de la tradition est grande dans notre science. Les cours d'appel, auxquelles le projet de code civil fut soumis, signalèrent la lacune et demandèrent qu'elle fût comblée. On fit droit à cette demande. L'antichrèse, disait la cour de Bordeaux, offre au débiteur qui n'a que des immeubles des facilités de se libérer, en les donnant en gage à son créancier, lequel se paye sur les revenus. Le rapporteur du Tribunat ajoute : « Tout ce qui tend à faciliter les conventions, à multiplier et assurer les moyens de libération est utile à la société, et sert tout à la fois les créanciers et les débiteurs. L'antichrèse méritait donc de figurer dans le code civil (1). »

528. L'article 2085 définit l'antichrèse en ces termes : « Le créancier n'*acquiert* par ce contrat *que la faculté de percevoir les fruits* de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. » En comparant cette définition avec celle que l'article 2073 donne du gage, on voit que la différence est grande entre le nantissement d'une chose immobilière et le nantissement d'une chose mobilière. « Le gage confère au créancier le droit de se

(1) Gary. Rapport, n° 21 (Locré, t. VIII. p. 106). Pont, t. II, p. 679, n° 1217.

faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers. » L'article 2085 ne parle pas d'un droit de préférence; et comme il est conçu dans des termes restrictifs, il en faut conclure que le créancier antichrésiste n'a point de privilége, partant pas de droit réel. Ce dernier point est controversé, nous y reviendrons. Le seul but et le seul effet de l'antichrèse est d'offrir au débiteur qui n'a que des immeubles un moyen facile de se libérer, en abandonnant au créancier la jouissance d'un immeuble. Il y a cependant, sous d'autres rapports, des analogies entre l'antichrèse et le gage. Ce sont deux espèces de nantissement; la définition que l'article 2071 donne du nantissement s'applique donc à l'antichrèse comme au gage; il en résulte que les caractères généraux des deux contrats sont les mêmes. L'antichrèse est un contrat réel, comme le gage; la jouissance de la chose implique que le créancier la possède. C'est un contrat unilatéral; le débiteur ne contracte aucune obligation par le contrat; s'il est obligé, c'est par accident, lorsque le créancier a fait des dépenses utiles ou nécessaires. Enfin, l'antichrèse est un contrat accessoire, comme toutes les conventions qui ont pour objet de fournir au créancier une sûreté pour le payement de la dette. Il faut donc une obligation principale valable pour qu'il puisse y avoir une convention d'antichrèse (1).

SECTION I. — Des conditions requises pour la validité de l'antichrèse.

§ Ier. *Qui peut constituer une antichrèse?*

520. Aux termes de l'article 2077, le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur. L'article 2090 porte que cette disposition s'applique à l'antichrèse. C'est le droit commun. Un tiers peut fournir la garantie réelle stipulée pour la sûreté de la dette, hypothèque, gage ou antichrèse, comme il peut fournir la garantie personnelle, en caution-

(1) Voyez une application du principe, dans un arrêt de Lyon, du 8 janvier 1873 (Dalloz, 1874, 1, 162).



nant l'obligation du débiteur principal. La moins naturelle, et aussi la moins usitée de ces obligations accessoires contractées par un tiers est certes l'antichrèse. Mais il suffit que cet engagement puisse entrer dans les convenances des tiers pour que la loi doive consacrer ce mode de garantir le payement d'une dette.

530. Que l'antichrèse soit constituée par le débiteur ou par un tiers, peu importe quant aux effets et quant aux conditions; le contrat est toujours le même. Il faut voir avant tout qui a le droit de donner un immeuble à antichrèse. Nous avons dit que pour constituer un gage il faut être propriétaire de la chose que l'on donne en nantissement et avoir la capacité de l'aliéner. En est-il de même de l'antichrèse? Le principe est identique, quoique les effets des deux contrats diffèrent sous un rapport très-essentiel. Le gage donne au créancier un droit réel de préférence, c'est donc une aliénation partielle. Dans notre opinion (n° 528), l'antichrèse ne donne pas au créancier un droit dans l'immeuble. Mais il attribue au créancier le droit de jouir des fruits, donc la jouissance de l'immeuble, et cette jouissance peut être exercée à l'encontre des tiers, comme nous le dirons plus loin. Il y a donc un des droits inhérents à la propriété qui en est démembré; ce qui constitue une aliénation partielle. Cela suffit pour justifier le principe que nous venons de formuler. Le propriétaire seul peut démembrer le droit de propriété. Mais sous le nom de *propriétaire* il faut aussi comprendre l'usufruitier : il peut hypothéquer son droit, il peut céder son droit, il peut donc aussi le donner en nantissement. Seulement il faut ajouter, comme l'article 2118 (loi hyp., art. 45) le fait pour l'hypothèque, que l'usufruitier ne peut donner à antichrèse son droit que pendant la durée de l'usufruit, car celui qui n'a qu'un droit temporaire sur une chose ne peut concéder sur cette chose que des droits également temporaires.

La seconde condition comprise dans notre principe, la capacité de disposer, découle de la première. Puisque l'antichrèse démembre la propriété, la constitution de l'antichrèse dépasse par cela même le pouvoir d'administration. Quant au propriétaire, il doit être capable d'aliéner

pour consentir une aliénation. De là cette double conséquence que le propriétaire incapable ne peut pas donner ses immeubles en nantissement et que les administrateurs légaux n'ont pas la capacité de consentir une antichrèse. Le principe est admis par tout le monde (1).

531. La jurisprudence a appliqué ces principes. Il a été jugé que le tuteur ne peut pas donner les biens du mineur à antichrèse (2). L'arrêt en donne plusieurs raisons assez mauvaises; il y en a une qui est décisive, c'est que le tuteur ne peut faire seul que des actes d'administration; pour consentir l'aliénation totale ou partielle d'un immeuble, il lui faut l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal; ce principe reçoit son application directe à l'antichrèse, puisque le nantissement d'un immeuble est un acte de disposition (n° 530).

Il suit du même principe que l'antichrèse constituée par un mineur, même émancipé, serait nulle, puisque le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 484).

532. La cour de Paris a jugé, par application du même principe, que le prodigue placé sous conseil judiciaire ne peut donner un immeuble à antichrèse qu'avec l'assistance de son conseil (3). Elle donne comme motif que le prodigue ne peut pas aliéner ses revenus. Cela est vague, et, ainsi formulé, le principe serait contestable. En effet, l'incapacité des personnes placées sous conseil est tout à fait spéciale; elles sont capables en règle générale, et elles ne sont incapables que lorsque l'acte rentre parmi ceux que le jugement leur défend de faire sans être assistés de leur conseil. Or, la loi ne dit pas que les prodigues ne peuvent pas aliéner leurs revenus, mais elle dit qu'ils ne peuvent aliéner, ni grever leurs biens d'hypothèques. Là est la cause de leur incapacité, en ce qui concerne l'antichrèse, puisque donner un immeuble à antichrèse c'est l'aliéner partiellement (n° 530).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 715, notes 1 et 2, § 437. Pont, t. II, p. 681, nos 1222 et 1223.
(2) Pau, 9 août 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 500, 3°).
(3) Paris, 10 mars 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

533. Une femme séparée de biens donna à antichrèse un immeuble dont elle était usufruitière en vertu d'un testament; elle demanda la nullité de l'antichrèse, parce qu'elle l'avait consentie sans autorisation maritale. Les premiers juges prononcèrent l'annulation. Pourvoi. La chambre des requêtes le rejeta, par le motif que l'arrêt attaqué avait pu, sans violer l'article 1449, considérer l'abandon de l'usufruit des immeubles en antichrèse, pour un temps indéterminé, comme une aliénation immobilière que la femme séparée de biens n'avait pu faire sans autorisation (1). Le principe aurait pu être formulé d'une manière directe et positive. Quelle est la capacité de la femme séparée de biens? L'article 1449 répond qu'elle reprend la libre administration de ses biens; elle ne peut donc faire que des actes d'administration; la loi lui donne, à la vérité, le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner, mais cette faculté n'a rien de commun avec la constitution de l'antichrèse, laquelle implique une aliénation partielle de l'immeuble antichrésé. Cela est décisif.

534. Le mari, usufruitier en vertu du régime adopté par les époux, peut-il donner à antichrèse les immeubles de la femme dont il a la jouissance? Oui, si cette jouissance constitue un usufruit (n° 530); sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage*. En supposant que le mari soit usufruitier, son droit n'est que temporaire; il ne peut, par conséquent, concéder qu'une antichrèse temporaire. De là suit que si la femme obtient la séparation de biens, l'antichrèse consentie par le mari cessera avec la jouissance du mari. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Caen, l'antichrésiste invoquait sa bonne foi, comme lui donnant un titre aux fruits; pour rejeter cette étrange prétention, la cour s'efforce de prouver que le défendeur avait connaissance de la séparation de biens (2); elle aurait dû décider que la demande n'avait point de sens. Qu'on lise la définition de la possession de bonne foi qui donne droit aux fruits et l'on se convaincra que l'an-

(1) Rejet, 22 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 238).
(2) Caen, 11 juillet 1844 (Dalloz, 1845, 2, 43).

tichrésiste n'est jamais un possesseur de bonne foi. L'article 550 porte : « Le possesseur est de bonne foi quand il possède *comme propriétaire* en vertu d'un *titre translatif de propriété* dont il ignore les vices. » Est-ce que l'antichrésiste, qui n'est qu'un possesseur précaire, possède comme propriétaire? Est-ce que l'antichrésiste, qui reçoit un immeuble en nantissement, possède en vertu d'un titre translatif de propriété? Autant de questions, autant d'hérésies juridiques. La cour a confondu la bonne foi de fait avec la bonne foi légale définie par l'article 550; or, c'est à la possession de bonne foi, telle qu'elle est définie par la loi, que le gain des fruits est attribué.

§ II. *De la forme.*

535. Aux termes de l'article 2085, « l'antichrèse ne s'établit que par écrit. » C'est une différence entre l'antichrèse et le gage. Les articles 2074 et 2075 prescrivent la rédaction d'un acte, authentique ou sous seing privé enregistré, pour que le créancier gagiste ait un privilége à l'égard des autres créanciers; encore l'écrit n'est-il pas de rigueur quand l'intérêt du litige ne dépasse pas 150 francs et que le gage a pour objet un meuble corporel. Entre les parties aucun écrit n'est exigé, et la preuve se fait d'après le droit commun (n°s 422 et 434). Si la loi avait suivi ce principe en matière d'antichrèse, elle n'aurait pas exigé d'écrit, puisque l'antichrèse ne donne pas de privilége au créancier. Pourquoi donc les auteurs du code ont-ils exigé un écrit pour l'antichrèse? Berlier répond à la question dans l'Exposé des motifs : « L'antichrèse ne s'établit que par écrit. Cette règle, qu'il eût été inutile de retracer si l'on eût voulu la laisser circonscrire dans les termes ordinaires de la législation sur les contrats, indique ici que, lors même que le fonds vaudrait moins de 150 francs, nul ne peut s'y entremettre, ou du moins s'y maintenir contre le vœu du propriétaire, en alléguant des *conventions verbales* qui, en cette matière, pourraient devenir le prétexte de nombreux

désordres (1). » On peut contester les motifs que l'orateur du gouvernement donne pour justifier la nécessité d'un écrit en matière d'antichrèse; nous n'entrons pas dans ce débat, qui regarde le législateur; nous savons ce que le législateur a voulu, l'interprète doit s'y tenir.

536. Il résulte d'abord de l'article 2085, tel que l'Exposé des motifs l'interprète, que l'écrit n'est pas exigé comme une condition essentielle pour l'existence de l'antichrèse. La loi n'a pas entendu faire de l'antichrèse un contrat solennel; il n'y avait aucune raison pour cela, pas plus pour le nantissement d'une chose immobilière que pour le nantissement d'une chose mobilière. Ainsi l'écrit n'est exigé que comme preuve du contrat; c'est une dérogation au droit commun, et Berlier nous dit que le législateur a voulu y déroger. Reste à déterminer l'étendue et la portée de la dérogation. Un premier point est certain, puisque Berlier le dit. D'après l'article 1341, la preuve testimoniale serait admissible pour prouver l'antichrèse si le fonds qui en est l'objet avait une valeur de moins de 150 francs. Le législateur n'a pas voulu d'une antichrèse verbale, à cause des désordres auxquels aurait donné lieu la mise en possession du créancier sans titre. Donc l'article 2085 déroge à la règle de l'article 1341.

537. Faut-il aller plus loin et dire que l'article repousse la preuve testimoniale d'une manière absolue, de sorte qu'elle ne serait pas même admise s'il y avait un commencement de preuve par écrit? La question est controversée. A notre avis, la preuve testimoniale n'est pas admissible. Le texte est conçu en termes absolus et restrictifs. On pourrait dire, il est vrai, que l'article 2085 se rapporte uniquement à la prohibition de l'article 1341; ce qui n'exclut pas l'application de l'article 1347. Mais l'Exposé des motifs écarte cette interprétation; il ne veut pas que l'on allègue une *convention verbale;* or, quand les parties invoquent un commencement de preuve par écrit, elles ont traité verbalement, tandis que la loi voulait qu'elles dressassent un

(1) Berlier. Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VIII, p. 100).

écrit. Cela nous paraît décisif. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en ce sens (1).

La preuve testimoniale n'est admissible que dans le cas prévu par l'article 1348, n° 4, quand l'acte rédigé par les parties a été perdu par suite d'un cas fortuit et de force majeure. On ne peut pas reprocher aux parties de n'avoir pas dressé d'écrit, puisqu'elles en avaient fait un; on ne peut pas exiger qu'elles le produisent, puisqu'il n'existe plus, et qu'à l'impossible personne n'est tenu.

538. La preuve de l'antichrèse pourrait-elle se faire par l'aveu du défendeur, ou par le serment décisoire qui lui serait déféré? Sur ce point, tout le monde est d'accord (2); les explications données par Berlier prouvent que le législateur a voulu écarter la preuve testimoniale; il n'a pas songé à défendre les autres preuves qui sont de droit commun, et il n'y avait aucune raison pour cela.

539. Reste à savoir comment l'antichrèse se prouve à l'égard des tiers. La question se lie aux rapports que l'antichrèse établit entre le créancier et les tiers; nous y reviendrons.

540. D'après la législation française, l'acte d'antichrèse doit être transcrit pour que le créancier puisse l'opposer aux tiers (3). La loi hypothécaire belge ne mentionne pas l'antichrèse, et l'acte de nantissement ne rentre pas dans les termes de l'article 1er, qui ne soumet à la transcription que les actes translatifs de droits réels immobiliers; or, l'antichrèse n'est pas un droit réel immobilier; ce qui est décisif.

§ III. *De la possession.*

541. Aux termes de l'article 2076, le privilége du créancier gagiste ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier. La

(1) Bruxelles, 20 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 65). Comparez Troplong, nos 514 et 515; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 112, note 2. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 716, note 4, § 437; Pont, t. II, p. 685, n° 1228.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 639, n° 558.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 716, § 437.

possession est aussi requise pour que le gage existe et produise des effets entre le créancier et le débiteur (n° 470). En est-il de même de l'antichrèse? Il ne peut être question de la possession comme condition du privilége, puisque l'antichrésiste n'a pas de privilége; mais, dans l'opinion générale, il a un droit réel, ou du moins il peut faire valoir son droit contre les tiers; ce qui implique qu'il est en possession, comme nous le dirons plus loin. Quant au droit du créancier antichrésiste à l'égard du débiteur, il consiste à percevoir les fruits de l'immeuble, ce qui ne se conçoit que si le créancier a la possession. Aussi toutes les dispositions du code supposent-elles que l'antichrésiste possède le fonds antichrésé. Cela résulte de la définition même de l'antichrèse. La loi la qualifie de nantissement, et elle définit le nantissement un contrat par lequel le débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de sa dette. L'antichrèse, de même que le gage, est donc un contrat réel qui ne se parfait que par la tradition de la chose qui en est l'objet.

512. La législation française (loi du 23 mars 1855) exige que l'acte d'antichrèse soit transcrit pour que le créancier puisse opposer son droit aux tiers. De là on a conclu que la possession n'était plus une condition essentielle pour l'existence de l'antichrèse, la possession n'étant prescrite que dans un intérêt de publicité, et la transcription remplaçant la publicité de fait qui résulte de la possession par une publicité légale beaucoup plus efficace (1). Cette opinion n'a pas trouvé faveur; il suffit de lire l'article 2071 pour se convaincre que l'antichrèse est un contrat réel; or, la formalité de la transcription ne peut pas remplacer la mise en possession du créancier.

§ IV. *De l'antichrèse déguisée.*

513. L'antichrèse peut cacher une convention usuraire dans le cas où les fruits se compensent avec les intérêts, si la valeur des fruits dépasse l'intérêt légal. Sous l'em-

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, nos 89 et suiv.; *Répétitions*, t. III, p. 485, note 5. En sens contraire, Pont, t. II, p. 686, n° 1232.

pire d'une législation qui défend de stipuler des intérêts, ou qui limite du moins le taux de l'intérêt, les parties contractantes cherchent à éluder la prohibition ou les restrictions de la loi en faisant des contrats déguisés. Il en était ainsi sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, qui impose aux parties l'intérêt légal comme limite qu'elles ne peuvent pas dépasser. Il va de soi qu'il n'est pas permis aux parties de faire indirectement ce qu'il leur est défendu de faire directement : éluder la loi, et surtout une loi d'ordre public, c'est la violer. Les tribunaux ont donc le droit et le devoir d'annuler, pour cause d'usure, les contrats antichrétiques qui cachent des conventions usuraires, quels que soient la forme et le nom que les parties leur donnent. Il résulte de là des difficultés d'interprétation, la fraude étant toujours ingénieuse quand il s'agit d'éluder les prohibitions légales. Ces difficultés ne se présentent plus d'après notre législation, qui laisse aux parties pleine liberté de stipuler tel intérêt qu'elles veulent; il ne peut plus être question de contrats déguisés, puisqu'il n'y a plus de prohibitions à éluder. Nous laissons donc de côté les règles que les auteurs tracent à cet égard, règles qui se résument en une appréciation de fait, puisqu'il s'agit d'interpréter des contrats et de saisir la véritable intention des parties contractantes sous le déguisement auquel elles ont eu recours (1). Il suffira de citer un exemple que nous emprunterons à la jurisprudence.

541. On donne le nom de *contrat pignoratif* à la convention qui a pour objet de déguiser des stipulations usuraires. Ce contrat prend la forme d'une vente; les caractères qui font reconnaître l'intention des parties d'éluder la loi sur l'usure sont la vileté du prix, la faculté de rachat, la relocation consentie au vendeur. Si le juge du fait décide que les parties ont voulu faire un contrat usuraire, il l'annulera; pour mieux dire, il le déclarera inexistant comme étant fondé sur une cause illicite. Par suite, aucune confirmation n'est admise, ni, par conséquent, la prescription de dix ans, qui est une confirmation tacite. La partie intéres-

(1) Pont, t. II, p. 683, nos 1225 et 1226.

sée aura trente ans pour agir, non pas qu'après les trente ans la convention illicite soit confirmée, mais l'action sera éteinte, l'intérêt général exigeant que toute action soit éteinte après ce délai (1).

Il ne faudrait pas induire de là que tout contrat dans lequel se rencontrent les caractères que nous venons d'indiquer soit vicié et nul : c'est une question de fait, et non de droit, puisqu'aucune loi ne détermine les caractères auxquels on peut reconnaître un contrat pignoratif. La cour de cassation a jugé, à plusieurs reprises, que le juge du fait pouvait déclarer valable comme contenant une vente le contrat par lequel un immeuble était vendu avec faculté de rachat et immédiatement reloué au vendeur. En droit, la décision n'est pas douteuse, et l'appréciation de l'intention des parties est abandonnée aux juges (2). Le déguisement, par lui seul, n'est pas une cause de nullité, les parties pouvant donner à leurs conventions telle forme qu'elles jugent convenable; il ne devient une cause de nullité que lorsqu'il a pour objet d'éluder une prohibition d'ordre public (3).

SECTION II. — Droits du créancier antichrésiste.

§ Ier. *Droits du créancier à l'égard du débiteur.*

No 1. DROIT AUX FRUITS.

543. Le contrat d'antichrèse donne au créancier le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, à charge de les imputer sur les intérêts et sur le capital (art. 2085). Quelle est l'étendue de ce droit aux fruits? Le créancier a le droit de jouir; son droit ressemble, sous ce rapport, à celui de l'usufruitier. Il y a cependant une différence essentielle : l'usufruitier a un droit dans la chose, droit qui, régulièrement, dure pendant toute sa vie; tandis que l'antichrésiste

(1) Limoges, 22 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 2, 68).
(2) Rejet, chambre civile, 22 avril 1846; Cassation, 23 décembre 1845 (Dalloz, 1854, 2, 422).
(3) Bordeaux, 22 juin 1849 (Dalloz, 1852, 5, 374). Lyon, 30 décembre 1863 (Dalloz, 1867, 5, 286).



n'a pas de droit réel dans l'immeuble, et sa jouissance peut cesser d'un jour à l'autre par le payement de la dette. De là suit que la jouissance de l'antichrésiste est un droit moins étendu que celui de l'usufruitier; celui-ci peut hypothéquer son usufruit, l'antichrésiste n'a pas ce droit. Aux termes de l'article 595, l'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre son droit. En est-il de même de l'antichrésiste? On l'enseigne (1). Il peut, dit-on, donner à bail aux mêmes conditions que l'usufruitier et le mari administrateur. Cela nous paraît douteux. L'article 2085 lui donne le droit de percevoir les fruits, ce qui implique une jouissance personnelle; et cela se comprend, la jouissance étant essentiellement temporaire et n'ayant d'autre objet que le payement des intérêts et du capital de la dette. Toutefois, comme la loi ne définit pas le droit aux fruits qui appartient à l'antichrésiste, on admet qu'il peut donner à bail. Mais l'exercice de ce droit soulève une difficulté qui le rend presque impossible en fait. En principe, celui qui n'a qu'un droit temporaire ne peut donner au preneur qu'une jouissance également temporaire; donc le droit de l'antichrésiste venant à cesser, les baux qu'il a consentis prennent fin. La loi déroge à ce principe pour les baux consentis par l'usufruitier, mais c'est une exception, et les exceptions ne s'étendent point. Comment, dans ces conditions, l'antichrésiste trouvera-t-il un locataire et surtout un fermier? Le législateur aurait dû appliquer à l'antichrésiste l'exception qu'il établit pour l'usufruitier. Il y a une lacune dans la loi, et nous ne croyons pas que l'interprète ait le droit de la combler. Peut-être l'intention du législateur a-t-elle été de ne donner à l'antichrésiste qu'une jouissance personnelle; ce serait un mauvais système au point de vue économique.

546. L'article 2085, après avoir dit que le créancier acquiert le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, ajoute que c'est à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. Ainsi la perception des fruits est tout en-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 717, § 438. Pont, t. II, p. 687, n° 1235.

semble un droit et une obligation. C'est dans l'intérêt des deux parties contractantes que le droit aux fruits est accordé au créancier; celui-ci se paye sur les fruits qu'il perçoit en les imputant sur les intérêts et sur le capital, et le débiteur se libère moyennant l'abandon des fruits. Il suit de là que le créancier est obligé de percevoir les fruits; s'il le négligeait, il serait responsable de la perte qui en résulterait pour le débiteur, sauf au créancier à prouver qu'il n'y a aucune négligence à lui reprocher; question de fait qui, comme toutes les difficultés concernant la faute, sont abandonnées à l'appréciation du juge (1).

L'imputation des fruits sur ce qui est dû au créancier doit se faire annuellement. De là la nécessité de comptes annuels, dans lesquels le créancier renseigne ses recettes, c'est-à-dire les fruits qu'il a perçus, déduction faite des frais de culture, puis les intérêts auxquels il a droit. On suit, à cet égard, les règles générales qui concernent les intérêts et les comptes. Les commerçants sont dans l'usage de capitaliser les intérêts; il a été jugé que l'antichrésiste n'a le droit de le faire que si une convention l'y autorise (2). Les comptes doivent être rendus dans les formes légales; la cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Paris qui fixait, sans qu'il y eût un compte régulier, le revenu que pouvait produire une papeterie, en s'en référant aux ouvrages publiés sur ce genre de fabrication; c'est le code de procédure qu'il fallait consulter et appliquer, en établissant un compte par recette et dépense, pour fixer ensuite le reliquat (3).

547. L'article 2089 permet aux parties de déroger à la rigueur de ces obligations; il est ainsi conçu : « Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par la loi. » Dans l'ancienne jurisprudence, on n'admettait pas la convention qui attribuait au créancier la jouissance de l'immeuble pour les intérêts de

(1) Rejet, 10 avril 1811 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 253).
(2) Liége, 6 décembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 239).
(3) Cassation, 10 août 1822 (Dalloz, au mot *Compte*, n° 22).

son capital et le dispensait de rendre compte des fruits. On voulait prévenir les conventions usuraires, et il faut se rappeler que, dans l'ancien droit, tout intérêt était réputé usure. L'orateur du gouvernement explique les raisons qui ont engagé les auteurs du code à permettre la convention qui était jadis prohibée. D'abord il ne pouvait plus être question de réprouver comme usuraire une convention qui permet à l'antichrésiste de percevoir les intérêts sous forme de fruits; tout ce que l'on pouvait craindre, c'est qu'une pareille convention ne lésât le débiteur. Berlier répond que, si on la prohibait, les parties trouveraient facilement des moyens plus onéreux encore pour le débiteur forcé de subir la loi du créancier (1). La justification est singulière; il y en a une autre, dans le système du code civil, qui est décisive. D'après l'article 1907, l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le défend point. Donc la convention prohibée dans l'ancien droit devenait licite en vertu des lois nouvelles, aussi longtemps que le taux de l'intérêt restait abandonné aux stipulations des parties. Mais on prévoyait déjà, en 1804, la restriction qui fut consacrée par la loi du 3 septembre 1807; de là la rédaction assez étrange de l'article 2089, qui n'admet la clause compensatoire que parce qu'elle n'est point prohibée par les lois; ce qui implique qu'elle ne pourrait plus être contractée si la loi défendait la stipulation d'intérêts conventionnels supérieurs aux intérêts légaux (2). C'est ce que fit la loi de 1807; sous l'empire de cette législation restrictive, la clause compensatoire de l'article 2089 n'était permise que dans les limites résultant de la loi de 1807, c'est-à-dire que la compensation ne pouvait se faire que jusqu'à concurrence de l'intérêt légal. La loi de 1807 étant abrogée en Belgique, il faut en conclure que la clause de l'article 2089 est licite sans restriction aucune.

548. « Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse » (art. 2086). Pour-

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. VIII, p. 101).
(2) Gary, Rapport, n° 26 (Locré, t. VIII, p. 107). Duranton, t. XVIII, p. 636, n° 556.

quoi en est-il tenu et en quel sens? Le rapporteur du Tribunat répond que c'est une charge des fruits, qui retombe, par conséquent, sur celui qui les perçoit (1). Cela est trop absolu, car on en pourrait conclure que l'antichrésiste doit supporter ces charges, de même que l'usufruitier en est tenu; tandis que c'est plutôt une avance qu'il fait, et dont il se paye sur les fruits. Cela résulte du but même de l'antichrèse; le contrat a pour objet de libérer le débiteur par la perception des fruits qui est déléguée au créancier; ce n'est donc pas en son nom personnel que l'antichrésiste perçoit les fruits, c'est au nom du débiteur; il se paye sur les fruits, en déduisant avant tout les charges qu'il doit supporter à raison des fruits qu'il perçoit. Ainsi l'antichrésiste n'est pas débiteur personnel des contributions, elles sont une dette de celui qui donne l'immeuble en antichrèse. De là suit que si les fruits ne suffisaient pas pour acquitter les contributions et les charges, l'antichrésiste aurait un recours contre le débiteur, car c'est sa dette qu'il a payée. En ce sens on dit que l'antichrésiste paye comme mandataire du débiteur (2). Si ce n'est pas un mandat conventionnel, c'est un mandat légal, puisque la loi lui impose cette obligation; seulement le mandat est aussi dans l'intérêt du mandataire, mais peu importe; toujours est-il que l'antichrésiste paye la dette du débiteur pour le compte duquel il perçoit les fruits.

549. L'article 2086 ajoute : « Le créancier doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets. » On applique aux dépenses d'entretien ce que nous venons de dire des contributions. Si l'antichrésiste en est tenu, c'est parce qu'il est détenteur du fonds, il doit le conserver pour le restituer à la fin de l'antichrèse; il faut, par conséquent, qu'il fasse les réparations utiles et nécessaires. Mais la loi ajoute qu'il prélève les dépenses sur les fruits; ce n'est donc pas en son

(1) Gary, Rapport, n° 27 (Locré, t. VIII, p. 107).
(2) Pont, t. II, p. 688, n° 1236.

nom personnel qu'il fait ces dépenses, c'est au nom du débiteur et pour son compte. Il y a, sous ce rapport, une grande différence entre l'antichrésiste et l'usufruitier; tous les deux jouissent des fruits, mais l'usufruitier en jouit en vertu d'un droit qui lui est propre, droit réel qui est un démembrement de la propriété et qui lui impose aussi des charges; quand même ces charges dépasseraient le profit de sa jouissance, il n'aurait aucun recours contre le nu propriétaire. L'antichrésiste, au contraire, possède comme créancier, pour se payer de ce qui lui est dû, sans droit dans la chose, au nom du débiteur, qui se libère par la perception des fruits qu'il abandonne au créancier. Il suit de là que, si les dépenses dépassaient le revenu, le créancier aurait un recours contre le débiteur; il ne peut jamais rien perdre comme antichrésiste, puisqu'il ne fait que recevoir ce qui lui est dû sous forme de fruits. L'antichrèse est une sûreté pour sa créance, et la garantie ne peut pas imposer de charge au garant, ni tourner contre lui.

550. Que faut-il entendre, dans l'article 2086, par réparations *utiles?* Cela veut-il dire que l'antichrésiste peut répéter contre le débiteur les dépenses qu'il a faites pour l'amélioration de l'immeuble? On l'enseigne ainsi, en posant comme principe qu'il a une action de ce chef, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui est résultée des travaux, sans cependant que cette indemnité puisse excéder la dépense (1). Cela nous paraît très-douteux. La possession et la jouissance de l'antichrésiste ont un caractère tout spécial. D'une part, il n'a pas de droit dans la chose qui lui permette de la modifier, de l'altérer, fût-ce en l'améliorant; il peut seulement en percevoir les fruits, il n'a donc d'autres droits que ceux qui découlent de la perception des fruits; ce qui exclut tous travaux d'amélioration. D'autre part, l'antichrésiste ne peut pas être assimilé à un possesseur; celui-ci possède comme propriétaire et jouit comme tel, tandis que l'antichrésiste perçoit les fruits en vertu d'un contrat, dont le seul but est de procurer au créancier le payement de ce qui lui est dû. L'antichrésiste dépasserait

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 717, note 5, § 438. Pont, t. II, p. 689, n° 1240.

donc ses droits, et il agirait contre l'intention qui préside au contrat, s'il faisait des travaux d'amélioration. Il ne faut pas perdre de vue que le débiteur qui donne un immeuble en antichrèse le fait parce qu'il ne peut pas payer sa dette directement; donc il n'entend pas donner au créancier le droit de le grever d'une dette nouvelle; aussi le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire, il ne parle pas de travaux d'amélioration, il dit que le créancier est tenu de pourvoir aux *réparations* utiles sous peine de dommages-intérêts; or, les *réparations* impliquent des travaux de *conservation;* si l'antichrésiste est tenu de les faire, c'est parce qu'il doit conserver l'immeuble; voilà pourquoi la loi le soumet à des dommages-intérêts s'il ne le fait point. C'est pour lui une obligation; dès lors il ne peut être question d'impenses utiles : conçoit-on que le créancier soit tenu de faire des travaux d'amélioration à peine de dommages-intérêts? Cela n'a point de sens.

La jurisprudence que l'on invoque est plutôt dans le sens de notre opinion. Des usiniers donnent en nantissement leurs fonderies. L'antichrésiste céda les fonderies à une société anonyme. Celle-ci, sans prendre le consentement du propriétaire, changea le mode d'exploitation, fit de nouvelles constructions et employa de nouvelles machines. A la fin de l'antichrèse, la compagnie prétendit que tous ces travaux devaient lui être remboursés, sinon qu'elle avait le droit de les enlever, aux termes de l'article 555. C'était une prétention absurde de la part d'un antichrésiste, pour mieux dire, d'un fermier, que d'invoquer une disposition qui suppose une possession à titre de propriétaire et un possesseur évincé par le véritable propriétaire. Dans l'espèce, la prétention était d'autant plus étrange qu'il existait un contrat entre le débiteur et le créancier; le contrat stipulait qu'il serait fait, lors de l'entrée en jouissance de l'antichrésiste, un état des lieux et que le tout serait vendu, à l'expiration de l'antichrèse, conformément à cet état; ce qui excluait tous travaux d'amélioration. L'antichrésiste était seulement autorisé à faire les grosses réparations, comme la loi, du reste, lui en fait une obligation. La cour de Paris dit très-bien que, d'après ces clauses, qui sont

celles de toute antichrèse, le créancier avait seulement le droit de faire des réparations et réfections, et non des constructions nouvelles; qu'autrement le créancier aurait la faculté exorbitante, et incompatible avec sa qualité d'antichrésiste, de dénaturer entièrement la propriété. La cour conclut que l'antichrésiste n'avait pu, par des constructions qu'il n'était pas autorisé à faire, imposer au propriétaire des charges excédant la plus-value (1). Cette conclusion n'est pas très-logique. Des travaux non autorisés n'obligent à rien. Les circonstances de la cause expliquent la décision de la cour; le propriétaire entendait conserver les constructions; dès lors il fallait lui appliquer le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui et l'obliger, par conséquent, d'indemniser l'antichrésiste jusqu'à concurrence de la plus-value résultant des travaux.

551. « Le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article 2086 peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble » (art. 2087). Cela veut dire que le créancier peut renoncer à l'antichrèse; ce qui est d'évidence; c'est une garantie qu'il a stipulée pour sûreté de sa créance, analogue au gage ou à l'hypothèque; or, le créancier peut toujours renoncer à des garanties qu'il a stipulées dans son seul intérêt (2). Il va sans dire qu'en renonçant à l'antichrèse, il conserve sa créance contre le débiteur, l'obligation principale pouvant très-bien subsister sans l'obligation accessoire du nantissement.

La loi suppose que le créancier peut renoncer au droit qu'il a de contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble. Une pareille clause ne se conçoit guère, elle est en opposition avec le but de l'antichrèse. Si elle se trouvait dans un contrat de nantissement, il faudrait dire que le contrat change de nature; ce ne serait plus une garantie accessoire d'une obligation principale, ce serait un contrat innomé, synallagmatique, dont les effets seraient réglés conformément à l'intention des parties contrac-

(1) Paris, 9 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 280).
(2) Gary, Rapport, n° 28 (Locré, t. IV, p. 107).

tantes (1). La renonciation de l'antichrésiste peut, du reste, être tacite ou expresse; c'est le droit commun; mais, pour que l'on puisse admettre qu'il a renoncé à une faculté qui est de la nature de l'antichrèse, il faut qu'il ne reste aucun doute sur l'intention des parties contractantes. On ne pourrait pas l'induire de la clause de compensation des fruits et des intérêts autorisée par l'article 2089; cette clause n'est pas exclusive de l'antichrèse, tandis que la renonciation prévue par l'article 2087 dénature entièrement le contrat (2).

N° 2. DU DROIT DE RÉTENTION.

532. « Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse » (art. 2087). C'est une disposition analogue à celle de l'article 2082; elle consacre le droit de rétention au profit de l'antichrésiste. Les motifs de ce droit sont les mêmes, qu'il s'agisse du nantissement d'une chose immobilière ou du nantissement d'une chose mobilière. Nous renvoyons à ce qui a été dit du gage (n° 500).

Il y a cependant des différences dans les deux textes. L'article 2082 ajoute une restriction au droit du créancier gagiste : le débiteur peut demander la restitution de la chose quand le détenteur du gage en abuse. Il n'y a pas de disposition analogue dans l'article 2086. En faut-il induire que le débiteur ne pourrait pas réclamer la restitution de l'immeuble, quand même le créancier en abuserait? Non, certes. Tout le monde s'accorde à dire qu'en cas d'abus, le débiteur peut demander la restitution de l'immeuble antichrésé; mais il faut voir quel est le vrai motif de décider et pourquoi l'article 2086 ne reproduit pas la disposition de l'article 2082. A notre avis, il y a une différence entre les deux dispositions. Le créancier gagiste abuse de la chose par cela seul qu'il en use, car il n'a pas le droit de s'en servir, la loi ne le considérant que comme

(1) Duranton, t. XVIII, p. 650, n° 564. Pont, t. II, p. 692, n° 1248.
(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 720, note 3, § 439; Pont, t. II, p. 693, n° 1252.

un simple dépositaire ; tandis que l'antichrésiste a le droit de jouir, tel étant le but de l'antichrèse. De là suit que l'article 2086, relatif à l'antichrèse, ne pouvait pas reproduire purement et simplement la disposition de l'article 2082. Pour l'antichrésiste, il y a un autre abus, c'est celui de jouissance : il abuse quand il ne jouit pas en bon père de famille, quand il épuise le fonds sans lui donner les engrais nécessaires. C'est le cas que l'article 618 prévoit pour l'usufruitier : si l'usufruitier, qui a un droit réel, peut néanmoins être privé de sa jouissance, à plus forte raison en doit-il être de même de l'antichrésiste qui n'a qu'un droit aux fruits, sans avoir de droit dans l'immeuble antichrésé. Il eût été plus régulier de le dire; toutefois le silence de la loi n'est pas un argument en faveur de l'antichrésiste; il serait absurde tout ensemble et immoral que le créancier conservât une jouissance dont il abuse.

On donne d'ordinaire un motif qui paraît péremptoire, c'est la condition résolutoire que le débiteur peut invoquer quand le créancier ne remplit pas ses obligations (1). Dans notre opinion, l'article 1184 n'est pas applicable à l'antichrèse, puisqu'il ne sous-entend la condition résolutoire que dans les contrats synallagmatiques. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*.

553. Il y a une seconde différence dans la rédaction des articles 2082 et 2086. D'après l'article 2082, le droit de rétention du créancier gagiste s'étend aux dettes contractées postérieurement à la mise en gage sous les conditions que la loi détermine; c'est un gage tacite. Y a-t-il aussi, dans les mêmes circonstances, une antichrèse tacite? La question est controversée; nous n'hésitons pas à la décider négativement. Dans l'espèce, le silence de la loi est décisif. En effet, le droit de rétention que l'article 2082 admet sans stipulation, en s'appuyant sur l'intention présumée des parties contractantes et sur l'équité, est tout à fait exceptionnel et, partant, de stricte interprétation. Vainement dit-on qu'il y a même raison de décider; l'argumentation analogique doit être écartée, parce que l'on

(1) Delvincourt, t. III, p. 446, note 1. Pont, t. II, p. 690, nº 1244

n'étend pas, fût-ce par voie d'analogie, les dispositions exceptionnelles, et surtout celles qui sont fondées sur une volonté présumée des parties et sur l'équité. Le législateur seul peut présumer des conventions, lui seul peut donner un effet juridique à l'équité; dès lors ces dispositions doivent être strictement renfermées dans le texte de la loi; donc, par cela seul que le législateur n'a pas reproduit la disposition du deuxième alinéa de l'article 2082, l'interprète n'a pas le droit de l'admettre. Il y a un arrêt de la cour de Caen en ce sens (1).

554. L'article 2083 dispose que le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. Aux termes de l'article 2090, cette disposition est applicable à l'antichrèse. On a dit qu'il était inutile de déclarer que l'antichrèse est indivisible, puisque cela résulte de la nature du nantissement, de même que l'hypothèque est indivisible de sa nature (2). Il en faut conclure, à notre avis, que le législateur n'entend pas appliquer, de plein droit, à l'antichrèse les principes qui régissent le gage. La remarque est importante, non-seulement pour la question que nous venons de discuter (n° 553), mais surtout pour celle qu'il nous reste à traiter concernant la nature de l'antichrèse et les droits qui en résultent contre les tiers.

555. L'antichrésiste a le droit de rétention; il possède sans que le débiteur puisse le priver de la possession, sauf en cas d'abus (n° 552). Toutefois il possède pour le débiteur et en son nom; sa possession est donc réellement précaire. De là suit qu'il ne peut pas prescrire, le contrat en vertu duquel il possède prouvant qu'il ne peut pas posséder à titre de propriétaire. Peut-il commencer à prescrire lorsque le débiteur a entièrement payé sa dette? L'antichrèse est éteinte dans ce cas; le créancier ne possède donc plus comme possesseur précaire. On en pourrait conclure qu'à partir de ce moment le possesseur de l'immeuble peut com-

(1) Caen, 2 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 4, 335). Dans le même sens, Aubry et Rau et les auteurs qu'ils citent (t. IV, p. 720, note 4, § 439). En sens contraire, Duranton et Troplong.
(2) Pont, t. II, p. 700, n° 1270.

mencer à prescrire. On décide néanmoins le contraire en se fondant sur l'article 2038, qui est ainsi conçu : « Les possesseurs précaires peuvent prescrire si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'ils ont opposée aux droits du propriétaire. » Ainsi la loi n'admet pas d'interversion de plein droit; ce qui est décisif (1).

De son côté, le débiteur ne peut pas se prévaloir de la prescription extinctive; le fait qu'il n'agit pas en restitution et qu'il laisse le créancier jouir des fruits est une reconnaissance de la dette, et cette reconnaissance empêche la prescription. On applique à l'antichrèse ce que nous avons dit du gage (n° 497).

N° 3. DU DROIT DE VENTE.

556. Quel est le droit de l'antichrésiste quand le débiteur ne paye pas? L'article 2088 répond que le créancier peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales. C'est le droit commun : tout créancier peut poursuivre l'expropriation des biens immeubles qui appartiennent à son débiteur. Pour le créancier antichrésiste, à la différence du créancier gagiste, le droit de vente forcée n'est pas une garantie. Quand le créancier fait vendre aux enchères le gage que le débiteur lui a donné, il est payé par préférence aux autres créanciers s'il a rempli les formalités et les conditions requises pour l'acquisition et la conservation de son privilége; l'expropriation est donc la réalisation de la garantie que le nantissement assure au créancier gagiste. Il en est tout autrement en matière d'antichrèse. Le créancier antichrésiste n'a point de privilége, il n'a que le droit de retenir l'immeuble et d'en percevoir les fruits; or, en poursuivant l'expropriation, il perd la possession de la chose et, par suite, la jouissance; comme il n'a pas de privilége, il est payé par contribution avec les autres créanciers chirographaires. Nous examinerons plus

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 721, note 6, § 439. Pont. t. II, p. 691. n° 1247.

loin la question de savoir quels sont les droits du créancier à l'égard des tiers.

557. Il y a encore une autre différence entre le gage et l'antichrèse. D'après l'article 2078, le créancier peut faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence. L'article 2088 ne donne pas ce droit au créancier antichrésiste (1). Quelle est la raison de cette différence entre deux droits qui semblent identiques, le privilége excepté? Il n'y en a d'autre que l'importance que la loi attache aux immeubles. Le débiteur est intéressé à conserver la propriété des immeubles antichrésés; or, si le créancier avait eu le droit de se les faire attribuer moyennant estimation, l'antichrèse aurait conduit presque nécessairement à dépouiller le débiteur des biens antichrésés; c'est ce que le législateur a voulu prévenir, afin de maintenir l'immeuble antichrésé dans le patrimoine du débiteur. Le créancier, n'ayant pas le droit de se l'approprier, et n'ayant aucun intérêt à le faire vendre, le gardera; ce qui conduira à la libération du débiteur et à la reprise de son fonds. C'est peut-être pour la même raison que le législateur n'a pas étendu l'antichrèse à une dette contractée postérieurement à l'acte de nantissement.

558. L'article 2088 porte que le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de payement au terme convenu : toute clause contraire est nulle. C'est l'application à l'antichrèse du principe que l'article 2078 établit pour le gage; il y avait une raison de plus pour l'admettre en matière d'antichrèse, c'est l'importance que la loi attache à la possession des immeubles. La clause contraire serait nulle, dit la loi. Quel est le caractère de cette nullité? La clause est considérée comme illicite, dans le sens de l'article 1033; donc la convention ne peut produire aucun effet, comme le dit l'article 1031; en d'autres termes, elle est inexistante. Il suit de là qu'il n'y a pas lieu à la prescription de dix ans (art. 1304) (2), car cette prescription est une confirmation tacite, et l'on ne

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 718, note 7, § 438. Pont, t. II, p. 696, nº 1259. En sens contraire, Troplong et Massé et Vergé sur Zachariæ.
(2) Toulouse, 5 mars 1831 (Dalloz, au mot *Nantissement*, nº 263).

confirme pas les actes qui n'ont pas d'existence légale. Le débiteur aurait donc trente ans pour revendiquer l'immeuble (1).

559. La prohibition prononcée par l'article 2088 paraît moins étendue que celle de l'article 2078. Cette dernière disposition annule non-seulement la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, mais aussi celle qui lui donnerait le droit d'en disposer sans la formalité des enchères; tandis que l'article 2088 ne prohibe que la clause d'appropriation. En faut-il conclure qu'il est permis de stipuler que l'antichrésiste pourra, à défaut de payement, disposer de la chose engagée sans les formalités de justice? Non, car la loi dit formellement que le seul droit du créancier est de poursuivre l'expropriation du débiteur par les voies légales. Cela a toujours été admis dans le cas où la clause porte que le créancier pourra vendre à l'amiable l'immeuble qui lui a été donné en antichrèse (2). Si la loi prescrit la voie légale de la saisie immobilière, quoique beaucoup plus frayeuse, c'est comme garantie pour le débiteur; or, il ne peut pas renoncer aux garanties que le législateur a établies en sa faveur, parce que la loi suppose qu'il ne jouit point de la liberté nécessaire; pressé par le besoin, il est obligé de subir la loi que lui impose le créancier. La question est plus douteuse quand la clause porte que le créancier peut faire vendre l'immeuble aux enchères par-devant notaire. C'est ce qu'on appelle clause de *voie parée*. Cette clause est-elle valable? Si l'on admet que la disposition de l'article 2088 contient une prohibition implicite, il faut en conclure que toute autre voie que celle de l'expropriation est défendue; ce qui se comprend, dans le système de la loi, les formes de l'expropriation étant prescrites dans l'intérêt du débiteur comme garantie que l'immeuble sera vendu à sa véritable valeur. Cependant la jurisprudence incline en faveur de l'opinion contraire (3). La vente aux enchères reçues par un notaire présente les mêmes garanties, dit-on, et elle occasionne moins de frais.

(1) Bruxelles, 25 juin 1806 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 409).
(2) Rejet, 28 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 219).
(3) Cassation, 29 mai 1840 (Sirey, 1840, 1, 385).

Il nous semble que l'argument est une critique de la loi, plutôt qu'une application. Légalement parlant, l'expropriation est la voie la plus favorable; donc les parties n'en peuvent pas choisir une autre. Cette interprétation rigoureuse a été consacrée par la loi française du 2 juin 1841, qui a excité des critiques très-vives. Pourquoi ne pas laisser aux parties la liberté de choisir telles formes qu'elles jugent convenables? Les ventes volontaires avec publicité ne sont-elles pas plus avantageuses que les ventes sur expropriation? Troplong n'a pas tort de critiquer ce formalisme excessif (1). Il faut cependant faire une différence entre les parties pleinement capables et celles qui, comme le débiteur qui donne un immeuble à antichrèse, ne sont point libres. En définitive, le vice est dans la procédure, qu'il faudrait simplifier et surtout rendre moins frayeuse. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, quel est le système de la législation belge.

560. L'article 2088 prohibe les clauses préjudiciables au débiteur, parce qu'il suppose que le débiteur n'était pas libre quand il les a souscrites. Cela implique que la clause a été stipulée lors du nantissement. Quant aux conventions postérieures, la loi ne les prohibe pas; donc elles sont valables, à moins qu'elles n'aient été faites en fraude de la loi. Il a été jugé, en ce sens, que le débiteur pouvait, postérieurement à l'acte de gage, vendre l'immeuble au créancier, ou autoriser celui-ci à le vendre à un tiers, même sans formes. Telle est aussi la doctrine des auteurs (2).

§ II. *Droits du créancier à l'égard des tiers.*

N° 1. LE CRÉANCIER PEUT-IL OPPOSER SON DROIT AUX TIERS?

561. La question de savoir si le créancier antichrésiste peut opposer son droit aux tiers est très-controversée. Il y a des auteurs qui attribuent à l'antichrésiste un droit réel; d'autres, tout en contestant que le créancier ait un droit

(1) Troplong. *Du nantissement*, n° 563.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 652, n° 568. Pont, t. II, p. 697, n° 1262, et les arrêts qu'il cite. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 265

dans l'immeuble antichrésé, admettent qu'il peut opposer aux tiers son droit aux fruits et son droit de rétention. Enfin, dans une troisième opinion, le créancier n'a qu'un droit personnel contre le débiteur; il ne peut donc pas l'opposer aux tiers; cependant Troplong, qui défend cette opinion, reconnaît à l'antichrésiste un droit contre les créanciers chirographaires. La solution de ces difficultés dépend du point de savoir si le créancier a un droit réel, ou s'il n'a qu'un droit personnel : son droit est-il réel, il peut l'opposer à tout tiers : est-il personnel, il ne peut l'opposer à aucun tiers, pas même aux créanciers chirographaires. A notre avis, l'antichrésiste n'a point de droit réel.

562. Le gage est un droit réel. Cela n'est pas dit dans nos textes, parce que le code n'est pas un manuel qui procède par définitions scientifiques. Toutefois la réalité du droit résulte des dispositions du code. Ceci est un point essentiel. Si les textes d'où résulte que le gage est un droit réel sont particuliers au nantissement des meubles, on en doit conclure que le nantissement des immeubles n'est pas un droit réel. Quelles sont donc les dispositions qui établissent implicitement la réalité du droit de gage? L'article 2073, qui définit le droit de gage, a pour conséquence nécessaire que ce droit est réel. En effet, il donne au creancier le droit de se faire payer sur la chose qui est l'objet du gage par *privilége* et *préférence aux autres créanciers*. Le privilége est un droit réel, le privilége mobilier aussi bien que le privilége immobilier; donc le gage est un droit réel. C'est parce que le créancier a un droit dans la chose qu'il peut l'opposer aux autres créanciers. Et c'est parce que le gage peut être opposé aux autres créanciers que la loi prescrit des conditions très-rigoureuses dans l'intérêt des tiers : la rédaction d'un acte, l'enregistrement quand l'écrit est sous seing privé, la signification de l'acte au débiteur quand il s'agit d'une créance, les mentions que doit contenir l'acte de nantissement, enfin la mise en possession du créancier gagiste (art. 1274-1276).

Mettons en regard de ces dispositions l'article qui détermine les droits du créancier antichrésiste : « Le créancier n'acquiert par le contrat que la faculté de percevoir les

fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts et sur le capital. » La disposition est conçue en termes restrictifs. C'est comme si la loi disait : Le créancier antichrésiste n'a pas les droits que l'article 2078 accorde directement ou implicitement au créancier gagiste; son seul droit consiste à se payer sur les fruits. Or, le payement se fait entre créancier et débiteur; donc l'antichrèse ne donne au créancier un droit sur les fruits qu'à l'égard du débiteur. Mais ce mode de payement ne change rien à la nature de la créance que le débiteur paye en fruits; si elle était chirographaire, elle reste chirographaire. Ce qui prouve que le créancier n'a aucun droit dans la chose qu'il puisse opposer aux tiers, c'est que la loi ne prescrit aucune mesure dans l'intérêt des tiers, ni acte, ni enregistrement, ni déclarations ayant pour objet d'empêcher la fraude au préjudice des tiers. Si le législateur avait voulu accorder au créancier antichrésiste un droit dans la chose, droit opposable aux tiers, ce droit eût été un privilége analogue au privilége du créancier gagiste; dès lors ce privilége aurait dû être rendu public, comme tous les priviléges immobiliers, ou du moins le législateur aurait dû le soumettre à des formes et à des garanties dans l'intérêt des tiers. Il est certain que l'antichrésiste n'a point de privilége. Sur quoi porterait donc son droit réel? Sur les fruits? Ce serait un droit réel dans des objets mobiliers, droit opposable aux tiers, droit assurant à l'antichrésiste une préférence sur les autres créanciers ayant un droit sur les fruits. Ce droit, analogue au gage, ne se comprendrait, dans le système du code, que moyennant des garanties; si elles sont nécessaires pour le gage, elles le seraient aussi pour l'antichrèse. Or, la loi ne prescrit aucune forme, aucune condition dans l'intérêt des tiers. Preuve qu'elle n'a pas entendu que le droit de l'antichrésiste pût leur être opposé.

563. Les principes conduisent à la même conséquence. Qu'est-ce qu'un droit réel? Quels en sont les caractères? C'est un droit dans la chose qui en est grevée. L'antichrésiste a-t-il un droit dans le fonds dont il perçoit les fruits? Aux termes de l'article 2085, il n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble à charge

de les imputer sur les intérêts et le capital de sa créance. Dire que l'antichrésiste a seulement le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, c'est dire qu'il n'a pas de droit dans l'immeuble; ce n'est pas l'immeuble qui est affecté à sa créance, comme le gage est affecté à la créance du créancier gagiste (art. 2078), comme l'immeuble hypothéqué est affecté à l'acquittement d'une obligation (art. 2114). L'antichrésiste n'ayant qu'un droit sur les fruits, son droit est mobilier; tandis que s'il avait un droit dans la chose, son droit serait immobilier, puisqu'il s'exercerait dans un immeuble. Et si le droit de l'antichrésiste était réel, partant immobilier, il pourrait être hypothéqué, et il est bien certain qu'il ne peut pas l'être; donc le droit n'est pas réel. Enfin le droit réel donne le droit de suite, il affecte la chose en quelques mains qu'elle passe. Le créancier antichrésiste a-t-il le droit de suite? Non; donc il n'a pas de droit réel. Ceci est un point capital, et il y faut insister. Tous les droits réels que le code reconnaît comme tels donnent le droit de suite : tel est l'usufruit, telles sont les servitudes foncières (art. 543), tels sont l'hypothèque et le privilége immobilier. Ce caractère du droit réel est de son essence quand il grève un immeuble; car il a pour effet de démembrer l'immeuble, et l'immeuble démembré reste tel dans les mains de tout possesseur. En est-il ainsi de l'immeuble antichrésé? Non; sur ce point, tout le monde est d'accord; l'antichrésiste, loin de pouvoir suivre l'immeuble dans les mains d'un tiers possesseur, perd son droit en perdant la possession de l'immeuble; il perçoit les fruits tant qu'il possède la chose, il cesse de les percevoir quand il cesse de posséder. Destitué du droit de suite, le droit de l'antichrésiste ne peut être un droit réel. On objecte que le créancier gagiste n'a pas non plus le droit de suite; ce qui n'empêche pas son droit d'être réel. Nous répondons que cela tient au principe de l'article 2279. Le propriétaire lui-même n'a pas le droit de suite quand la chose est mobilière : dira-t-on que son droit n'est pas un droit de propriété parce qu'il n'a pas le droit de revendication? A vrai dire, il peut revendiquer; seulement le possesseur de bonne foi peut repousser l'action, en lui opposant sa possession. Il en

est de même de tous ceux qui ont un droit réel sur une chose mobilière; l'usufruitier, lorsque sa jouissance porte sur des meubles, peut exercer son droit sur ces meubles quand un tiers les possède; mais le possesseur, s'il est de bonne foi, peut repousser l'action par l'exception de possession. Il en est de même du créancier gagiste. Le droit réel mobilier est donc armé du droit de suite; seulement le droit de suite devient inefficace quand le possesseur est de bonne foi. Revenons maintenant à l'antichrésiste, et l'on verra que l'objection se retourne contre ceux qui la font. Peut-il suivre l'immeuble antichrésé entre les mains d'un tiers possesseur? Non. Le peut-il quand le tiers est possesseur de mauvaise foi? Non, il n'a jamais le droit de suite; tandis que le créancier gagiste l'a en essence, sauf l'exception résultant de la bonne foi du possesseur. Donc le droit de l'antichrésiste diffère fondamentalement du droit de gage: celui-ci est réel, l'autre ne l'est pas (1).

561. Il y a des objections, et elles sont sérieuses. On oppose la tradition. Pothier dit formellement que le droit d'antichrèse est un droit dans la chose, aussi bien que le droit d'hypothèque; il en conclut que, lorsqu'un créancier a acquis une fois le droit d'antichrèse sur un héritage, le débiteur ne peut plus aliéner l'héritage à qui que ce soit, ni l'hypothéquer à un second créancier, qu'à la charge du droit d'antichrèse du créancier à qui il l'a accordé (2). Nous pourrions répondre que la doctrine de Pothier, en cette matière, n'était pas sans contradicteurs; Duparc-Poullain dit le contraire. La question était donc controversée dans l'ancien droit, et il s'agit de savoir laquelle des deux opinions les auteurs du code ont entendu consacrer. Mais cette réponse n'est guère satisfaisante; pour les auteurs du code, la tradition se résume, en général, dans la doctrine de Pothier : connaissaient-ils le dissentiment de Duparc-Poullain? On en peut douter. Toutefois ce serait exagérer l'autorité de Pothier que de prétendre que son opinion doit être admise comme une interprétation officielle du code

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 91, n° 85, et p. 99, n° 94.
(2) Pothier, *De l'hypothèque*, nos 231 et 232. Comparez Pont, t. II, p. 705, n° 1279.

civil. Quand il s'agit de la tradition, il faut avant tout voir si les auteurs du code l'ont consacrée. Or, il suffit de comparer l'article 2085 avec les paroles de Pothier pour se convaincre qu'il y a une différence radicale entre la loi et le droit ancien, en supposant que la doctrine de Pothier fût celle de l'ancien droit. Le code ne dit pas que l'antichrèse est un droit dans la chose, un droit réel; il le dit de l'hypothèque, et si, comme Pothier, il avait mis les deux droits sur la même ligne, il aurait dû dire de l'antichrèse ce qu'il dit de l'hypothèque; or, les termes restrictifs de l'article 2085 ne permettent pas d'identifier l'antichrèse avec l'hypothèque. Quand on met cet article en regard de l'article 2114, on voit qu'il y a une différence radicale entre les deux droits; d'une part, la loi dit que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation et qu'elle les suit, dans quelques mains qu'ils passent; d'autre part, elle dit que le créancier antichrésiste n'acquiert que le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, il n'est question ni de droit réel ni de droit de suite. Cela nous paraît décisif.

565. Les travaux préparatoires laissent la question indécise. Berlier traite assez longuement des différences qui existent entre l'antichrèse et le gage. Il commence par dire que l'antichrèse est à l'immeuble ce que le gage est au meuble, ce qui semble identifier les deux droits; mais il ajoute immédiatement qu'il y a des différences entre les deux nantissements. Dans le gage, c'est la chose même qui répond de la dette; dans l'antichrèse, c'est sur la perception des fruits que s'exerce le droit du créancier. Cette différence est caractéristique : la chose engagée est grevée, l'immeuble antichrésé ne l'est point. Le droit de l'antichrésiste ne peut donc être un droit réel dans l'immeuble, ce ne pourrait être qu'un droit réel sur les fruits. Berlier ne prononce pas le mot de *droit réel;* son langage est restrictif, comme celui du code. « Le droit de percevoir les fruits, dit-il, combiné avec celui de poursuivre l'expropriation du fonds en cas de non-payement, donne au créancier tout ce qu'on peut lui attribuer dans un contrat qui ne lui confère ni droit de propriété (car le fonds n'est pas aliéné), ni *droit*

hypothécaire, puisqu'un tel droit ne peut s'acquérir que d'après les formes générales établies par les lois et par une inscription régulière. » Il est certain que l'antichrésiste n'a pas d'hypothèque, mais Berlier semble aller plus loin en disant que le créancier n'a ni *droit de propriété*, ni *droit hypothécaire*. N'est-ce pas dire qu'il n'a aucun droit réel, ni propriété ni démembrement de la propriété? Toutefois nous n'oserions pas affirmer que telle soit la pensée de l'orateur du gouvernement. Dans ce qu'il ajoute, il n'insiste que sur un point, c'est que l'antichrésiste ne peut opposer son droit aux créanciers hypothécaires antérieurs (1); il ne dit rien du conflit entre les créanciers postérieurs et l'antichrésiste, et là est la véritable difficulté.

Le rapporteur du Tribunat établit aussi une comparaison entre le gage et l'antichrèse. D'après lui, le créancier gagiste a un privilége sur la chose même, tandis que l'antichrésiste n'a qu'un privilége sur les fruits. Cela est exact en ce qui concerne le gage; mais, quant à l'antichrèse, Gary fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas (2). L'article 2085 porte que le créancier n'a que le droit de percevoir les fruits, il ne dit pas que le créancier a un privilége sur les fruits; or, les priviléges n'existent qu'en vertu de la loi : pas de texte, pas de privilége. Il faut donc conclure du texte que l'antichrésiste n'a pas de privilége sur les fruits, et il n'a pas de droit dans l'immeuble; dès lors il ne peut être question de droit réel.

566. L'opinion contraire invoque aussi des textes et, avant tout, les articles qui définissent l'antichrèse. Aux termes de l'article 2072, l'antichrèse est le *nantissement* d'une chose immobilière. Or, qu'est-ce que le nantissement? C'est un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier *pour sûreté de la dette*. L'antichrèse, de même que le gage, a donc pour but de donner au créancier une sûreté pour le payement de ce qui lui est dû. En quoi consiste cette sûreté? C'est une sûreté réelle; or, l'immeuble remis en nantissement ne donne de sûreté au créancier

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. VIII, p. 100).
(2) Gary, Rapport, n° 24 (Locré, t. VIII, p. 106).

que si celui-ci a un droit dans l'immeuble, droit qu'il puisse opposer aux tiers; donc un droit réel. Que serait la sûreté du créancier si, après avoir donné l'immeuble en antichrèse, le débiteur pouvait l'aliéner et l'hypothéquer avec cet effet que l'acheteur et le créancier hypothécaire auraient le droit d'enlever à l'antichrésiste la possession de la chose et, par suite, la faculté de percevoir les fruits? Pour que l'antichrèse procure une sûreté au créancier, il faut qu'il puisse opposer son droit aux tiers et que ceux-ci soient tenus de le respecter (1).

Il est vrai que la loi qualifie l'antichrèse de nantissement; et elle dit que le nantissement a pour objet de donner une *sûreté* au créancier. Mais l'article 2071 ne dit pas en quoi consiste cette *sûreté*. Il peut y avoir des garanties plus ou moins fortes. Toute garantie réelle donne au créancier un droit de préférence, mais il y a divers degrés de préférence. Le privilége immobilier donne au créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires; le créancier privilégié a donc un double rang de préférence, sur les créanciers chirographaires et sur les créanciers hypothécaires. L'hypothèque, au contraire, ne donne au créancier qu'un seul rang de préférence à l'égard des créanciers chirographaires; il en est de même des priviléges mobiliers, qui, à raison de leur objet, ne peuvent donner au créancier un droit sur les immeubles, ni une préférence à l'égard des créanciers hypothécaires. L'article 2071, en disant que le nantissement donne une sûreté au créancier, ne décide pas la question de savoir en quoi consiste cette sûreté; il n'identifie pas la sûreté que donne le gage avec la sûreté que donne l'antichrèse. Pour savoir en quoi consiste la sûreté du gagiste et de l'antichrésiste, il faut recourir aux textes; or, les textes établissent une différence considérable entre les deux droits. L'article 2073 accorde au créancier gagiste un privilége et une préférence à l'égard des autres créanciers; tandis que l'article 2085 ne parle ni de préférence, ni de privilége. Quand le débiteur ne paye pas, le créancier nanti d'un gage peut faire

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 487, n° 1229.

ordonner en justice que le gage lui demeurera jusqu'à due concurrence; le créancier antichrésiste n'a pas ce droit. Le gagiste peut aussi faire vendre la chose aux enchères, et il sera payé de préférence aux autres créanciers sur le prix provenant de la vente. L'antichrésiste, au contraire, doit poursuivre l'expropriation de son débiteur dans les formes légales, et dans l'ordre qui s'ouvrira, il sera colloqué comme simple créancier chirographaire. Voilà des différences considérables consacrées par les textes; donc, de ce que l'antichrèse est un nantissement, comme le gage, et de ce que le nantissement est une sûreté pour la dette, on ne peut pas induire que l'antichrèse confère un droit réel.

On dit que l'article 2071 prouve au moins une chose, c'est que l'antichrèse est une sûreté; or, dit-on, dans notre opinion, cette prétendue sûreté est dérisoire, puisqu'il appartient au débiteur de l'anéantir, en vendant ou en hypothéquant l'immeuble antichrésé. Sans doute, la sûreté n'est pas une sûreté efficace, comme celle du créancier gagiste, mais on ne peut pas dire que l'antichrèse ne donne aucune sûreté au créancier. Quel en est le but? Le débiteur n'a pas de quoi payer les intérêts et le capital de la dette; il remet au créancier un immeuble en antichrèse, et par là il lui donne un moyen de se payer sur les fruits. Voilà la sûreté que les parties ont en vue; le débiteur donne au créancier un moyen de se payer par la perception des fruits. Cette sûreté doit-elle être étendue plus loin? Le créancier antichrésiste peut-il opposer son droit aux acquéreurs et aux créanciers hypothécaires? Ce serait un droit de préférence; or, l'article 2085 ne donne aucun droit de préférence à l'antichrésiste. C'est donc une sûreté limitée qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Sûreté imparfaite, sans doute; mais libre au créancier de stipuler une sûreté plus efficace, en se faisant consentir une hypothèque et, par suite, un droit de préférence.

567. C'est ce que l'article 2091 semble dire : « Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse. Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des priviléges ou hypo-

thèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier. » Il paraît résulter de cette disposition que le créancier antichrésiste, comme tel, ne peut opposer son droit aux tiers, en ce sens qu'il leur soit préféré; il n'a de préférence que s'il a une hypothèque ou un privilége. N'en faut-il pas conclure que l'antichrésiste n'est qu'un créancier chirographaire, c'est-à-dire qu'il n'a qu'un droit personnel contre le débiteur?

C'est en ce sens que l'article 2091 est interprété par les partisans de l'opinion que nous soutenons. Delvincourt dit que cette disposition signifie que l'antichrèse n'empêche pas l'exercice des droits réels constitués même postérieurement. Si elle avait seulement pour objet, dit-on, de décider que l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que des tiers pouvaient avoir acquis sur l'immeuble au moment où elle est constituée, l'article serait inutile et il n'aurait point de sens; car il allait de soi que l'antichrèse ne peut pas enlever un droit acquis aux créanciers antérieurs, l'antichrésiste devant prendre l'immeuble dans l'état où il se trouve, démembré par les hypothèques. Pour donner un sens à l'article 2091, il faut l'appliquer même aux hypothèques que des tiers acquerraient sur l'immeuble depuis la constitution de l'antichrèse. Ce qui aboutit à dire que l'antichrésiste ne peut opposer son droit aux créanciers antérieurs ni aux créanciers postérieurs; partant, il n'a pas de droit réel, il n'a de droit que contre la personne de son débiteur (1).

L'interprétation que l'on donne à l'article 2091 nous paraît douteuse. Elle revient à dire que cette disposition serait inutile si on la limitait aux droits réels établis sur l'immeuble avant la constitution de l'antichrèse. Ce n'est pas là un argument décisif. Il y a bien des dispositions dans le code qui sont inutiles, en ce sens qu'elles ne font qu'appliquer des principes, et que ces applications allaient de soi. Ce n'est pas une raison pour leur donner une signification que le législateur n'a pas eue en vue. Il faut donc

(1) Delvincourt, t. III, p. 444, notes 2 et 3. Troplong, *Du nantissement*, n° 178. Bastia, 9 mai 1838 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 241).

voir ce que le législateur a voulu. Or, l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunat sont d'accord sur ce point: l'un et l'autre, en exposant les motifs de l'article 2091, supposent que l'antichrésiste se trouve en conflit avec des créanciers antérieurs à l'acte de nantissement. Berlier compare le gagiste avec l'antichrésiste : le premier, dit-il, est préféré à *tous autres,* même plus anciens que lui, parce que le meuble est sorti de la possession du débiteur, et que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, en droit français. « Dans l'antichrèse, au contraire, si l'expropriation est poursuivie, soit par le détenteur de l'immeuble, soit par tout autre créancier, le nantissement de l'immeuble n'établira ni privilége ni hypothèque. » Cela est un peu vague, mais ce qui suit précise le sens de ce que Berlier a voulu dire : « Le créancier simplement nanti à titre d'antichrèse ne pourrait raisonnablement prétendre qu'un tel acte *effaçât les titres des tiers,* et lui donnât sur eux une prééminence qui deviendrait subversive de l'ordre social. » En quel sens l'ordre social est-il en cause? En ce sens que les droits acquis doivent être maintenus, sinon il n'y a plus de sécurité dans les relations civiles. C'est ce que dit l'orateur du gouvernement : « L'antichrèse ne saurait donc prévaloir sur les droits hypothécaires *acquis* par des tiers, ni même concourir avec eux; mais si le créancier nanti est lui-même créancier hypothécaire et inscrit, il exercera ses droits à son ordre et comme tout autre créancier. »

Ainsi, d'après l'Exposé des motifs, l'article 2091 dit précisément la chose qui allait de soi, comme disent Delvincourt et Troplong; il ne décide donc pas notre question. Le rapporteur du Tribunat donne la même explication. En induira-t-on que l'antichrésiste peut opposer son droit aux créanciers postérieurs à l'acte de nantissement? Les orateurs du gouvernement et du Tribunat ne disent pas cela; pour le leur faire dire, il faudrait argumenter du silence qu'ils gardent quant aux droits postérieurs. Or, si l'argumentation *a contrario* est chanceuse quand il s'agit d'interpréter un texte de loi, elle l'est encore davantage quand on veut expliquer un de ces discours officiels

qui ne font que paraphraser le texte. La question que nous discutons soulève des difficultés sérieuses, quand il y a conflit entre le créancier antichrésiste et des créanciers hypothécaires postérieurs. Si les auteurs du code avaient entendu que le créancier antichrésiste fût préféré aux créanciers postérieurs, ils auraient discuté la question et répondu aux objections; peut-on dire qu'ils ont décidé un point si difficile en gardant le silence? Cela n'est pas admissible. Nous reviendrons plus loin sur ces difficultés.

568. La législation française fournit un argument spécieux à la doctrine que nous combattons. D'après la loi du 23 mars 1855, l'acte d'antichrèse doit être transcrit. Or, si le droit que confère l'antichrèse n'était point opposable aux tiers qui requièrent des droits sur l'immeuble antichrésé, dans quel but l'aurait-on soumis à la publicité? La loi voulant que l'antichrèse soit rendue publique, on doit admettre que celle-ci engendre un droit réel (1). Cet argument, que l'on considère comme décisif, n'a pas convaincu la cour de Paris. La loi, dit-elle, en ordonnant la publicité de certaines conventions dont la connaissance peut intéresser les tiers, n'a pas entendu altérer les effets légaux de ces conventions, et spécialement de l'antichrèse, dont elle a prescrit la transcription dans l'intérêt des tiers. Cette loi ne déroge pas au code civil; or, sous l'empire du code, il y avait controverse sur le point de savoir si l'antichrésiste pouvait opposer son droit aux créanciers postérieurs; il convenait donc de rendre ce droit public, en supposant que le créancier pût l'opposer à ceux qui traiteraient avec le propriétaire de l'immeuble (2).

Il y aurait encore bien des choses à répondre à l'objection : nous n'y insistons pas parce que la loi belge sur la transcription ne mentionne pas l'antichrèse parmi les droits qui doivent être transcrits. Le rapport de la commission qui a préparé la loi hypothécaire en donne le motif : c'est que l'antichrèse ne constitue qu'un droit mobilier et qu'elle ne peut nuire en aucun cas aux acquéreurs d'immeubles ni

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 488, n° 1230.
(2) Paris, 2 août 1871 (Dalloz, 1871, 2, 193).

aux créanciers hypothécaires (1). Ce rapport non plus ne préjuge rien, il n'y a que les décisions législatives qui aient force de loi; mais c'est du moins une autorité qui atteste quelle est l'opinion générale en Belgique (2).

N° 2. LE CRÉANCIER PEUT-IL OPPOSER SON DROIT AUX TIERS?

569. Il y a une autre opinion concernant la nature de l'antichrèse et les droits du créancier. Aubry et Rau l'ont nettement formulée. Ils admettent que le créancier peut opposer son droit aux tiers, mais ils nient que ce droit soit un droit réel : c'est, disent-ils, compromettre une bonne cause par un mauvais argument (3). Par contre, ceux qui soutiennent la réalité du droit disent que les éditeurs de Zachariæ se trompent (4). Ce dissentiment profond qui divise l'opinion que nous combattons ne témoigne pas en sa faveur. C'est ne rien dire que d'affirmer que le créancier antichrésiste a un droit contre les tiers; tout dépend du motif de décider. Et, sur ce point essentiel, le désaccord est absolu : ce que les uns considèrent comme une vérité, les autres le taxent d'erreur. A notre avis, les deux opinions se détruisent l'une l'autre : les uns ont raison de dire que l'antichrèse n'est pas un droit réel, et les autres ont raison de dire que l'antichrésiste ne peut pas opposer son droit aux tiers.

Voyons d'abord en quel sens on admet que le créancier antichrésiste peut opposer aux tiers les droits que lui donne le nantissement. Quels sont les droits du créancier? Il a le droit de rétention et de jouissance; ce dernier est subordonné au premier, puisque le droit aux fruits ne se conçoit pas sans la possession. Le créancier, dit-on, peut faire valoir les droits de rétention et de jouissance contre le tiers qui acquerrait l'immeuble postérieurement à l'acte d'antichrèse, de même que contre les créanciers hypothécaires

(1) Rapport, dans Parent, *Documents*, p. 15.
(2) Comparez Martou, *Commentaire sur la loi hypothécaire*, t. I, p. 51, n° 34.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 718, note 9, § 438.
(4) Pont, t. II, p. 704, n° 1278.

dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse; enfin, il peut opposer ses droits aux créanciers chirographaires. Voici l'intérêt du débat : les tiers ne peuvent pas contraindre le créancier antichrésiste à délaisser l'immeuble avant de l'avoir complétement désintéressé, et ils ne peuvent pas saisir les fruits à son préjudice.

570. Ces conséquences sont très-naturelles et très-logiques quand on admet la réalité du droit d'antichrèse. Mais dans l'opinion que nous exposons, le droit de l'antichrésiste n'est point réel; il est donc personnel, c'est-à-dire qu'il a un droit de créance contre le débiteur qui lui a remis l'immeuble en antichrèse. En vertu de quel principe le créancier peut-il opposer un droit de créance à des tiers? On répond que c'est une application du principe en vertu duquel nous ne pouvons transférer à d'autres plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Il est bien certain que le principe par lui-même est insuffisant pour expliquer et justifier l'opinion qui autorise l'antichrésiste à opposer son droit de créance aux tiers. Le débiteur reste propriétaire, après avoir donné l'immeuble en antichrèse; il peut donc ce vendre et le grever d'hypothèques. Quand l'acquéreur ou le créancier hypothécaire viendront exercer leurs droits sur l'immeuble, l'antichrésiste pourra-t-il les repousser en leur opposant son droit personnel de rétention et de jouissance? Le demandeur répondrait : « C'est précisément parce que votre droit est un droit de créance que vous ne pouvez pas me l'opposer, car moi je n'ai contracté aucune obligation envers vous, et celle que votre débiteur a contractée m'est étrangère; je ne suis pas lié par un contrat où je n'ai pas figuré. Vainement me direz-vous que je suis l'ayant cause de votre débiteur; sans doute, mais, comme tel, je ne suis pas tenu des obligations que mon auteur a contractées, je ne suis tenu que de respecter les droits réels qui résultent des contrats qu'il a consentis. Or, votre droit n'est pas réel; donc vous ne pouvez me l'opposer, vous n'avez d'action que contre votre débiteur. »

Cela est élémentaire, et les excellents jurisconsultes que nous combattons l'ont parfaitement compris; aussi ont-ils

soin d'ajouter qu'ils invoquent la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet,* dans le sens et avec l'étendue qu'elle a en droit français (1). Qu'est-ce à dire, et où est-il écrit que ladite maxime a un autre sens en droit français que celui qu'elle a toujours eu, sens qui résulte de la nature même de la maxime? Nous ne connaissons qu'un article du code qui, d'après certains auteurs, notamment Aubry et Rau, donnerait à cette maxime une étendue qu'elle n'avait point en droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence française, c'est l'article 1743. Le bailleur vend la chose louée : l'acquéreur est-il lié par le bail, ou peut-il expulser le preneur? Dans l'ancien droit, on décidait que le bail ne liait pas l'acquéreur, qu'il n'en résultait qu'un droit de créance du preneur contre le bailleur, droit que le preneur ne pouvait opposer à l'acquéreur, étranger au bail. Qu'importe que le bailleur se soit obligé envers le preneur? C'est là une obligation personnelle qui ne donne au preneur aucun droit dans la chose; le bailleur est tenu de l'engagement qu'il a contracté, l'acquéreur n'en est pas tenu. Voilà les vrais principes, tels que Pothier les établit. Le code y a dérogé. La disposition de l'article 1743 est donc une exception, c'est une véritable anomalie. Quel est le motif pour lequel le législateur a donné effet au bail contre l'acquéreur? Nous l'avons exposé au titre du *Bail :* c'est l'intérêt général, et surtout l'intérêt de l'agriculture. Il y a une autre explication; on prétend que la loi a appliqué au droit de bail la maxime qui ne nous permet pas de transférer à d'autres plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Cette explication est très-contestable. Mais quand même on l'admettrait, tout ce que l'on en pourrait conclure, c'est que, par exception, le législateur a étendu à un droit de créance un principe qui n'avait jamais été appliqué qu'aux droits réels. Donc ce serait toujours une extension exceptionnelle de la maxime. Cela est décisif contre ceux qui l'invoquent, puisque les exceptions ne s'étendent pas. Nulle part le code ne dit que la maxime traditionnelle a, en droit français,

(1) Comparez Duranton, t. XVIII, p. 612, n° 560.

un sens différent de celui qu'elle avait en droit romain et dans notre ancien droit. Si l'article 1743 lui a donné une extension exceptionnelle, en déduira-t-on que cette exception, véritable anomalie, va devenir la règle? Ce serait très-mal raisonner. Au législateur seul il appartient de changer la nature des principes; l'interprète doit les maintenir, sauf à respecter les dérogations que la loi y apporte; il n'a pas le droit de transformer l'exception en règle.

571. On insiste, et l'on dit que si l'antichrésiste ne peut opposer son droit à ceux qui, postérieurement à l'acte, achètent l'immeuble ou stipulent un droit réel, il dépendra du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse. Or, dit-on, d'après les termes formels de l'article 2087, le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de sa dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse; c'est dire que le débiteur ne peut pas déposséder le créancier; s'il ne le peut pas directement, il ne le peut pas non plus en vendant l'immeuble ou en l'hypothéquant. En vertu du contrat de nantissement, le débiteur est privé de la jouissance de la chose qu'il a donnée en payement à son créancier; il ne peut la reprendre qu'en lui offrant un autre payement. Il peut, sans doute, aliéner le fonds antichrésé et le grever d'hypothèques, mais il ne le peut que sous la même condition, c'est-à-dire que l'acquéreur et le créancier hypothécaire ne pourront déposséder le créancier qu'en le payant entièrement. Proudhon, qui développe longuement cette argumentation, termine en disant que le droit de rétention dont jouit le créancier antichrésiste produit un *privilége* aussi efficace que celui qui résulte de l'hypothèque, quoiqu'il ne s'opère pas de la même manière (1).

Au fond, cette argumentation n'est qu'une paraphrase de la maxime traditionnelle qui est la base de l'opinion que nous combattons. Proudhon, si sagace et si subtil, ne s'est pas aperçu que son raisonnement suppose ce qu'il fal-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 95, n° 90; p. 97, n°s 92 et 93; p. 101, n° 96.

lait démontrer, c'est-à-dire que l'acquéreur et le créancier hypothécaire doivent respecter un droit de créance. La conclusion à laquelle il arrive témoigne contre le principe d'où elle découle. On veut que le créancier antichrésiste ait un *privilége*, c'est-à-dire un droit de préférence aussi efficace que le droit hypothécaire, et cependant le droit de rétention n'est accordé, en matière de gage, que contre le débiteur, il n'est pas accordé contre les tiers. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le gage (n°s 501 et 502). Quand la loi accorde un privilége en matière de nantissement, elle a soin de prescrire des conditions et des formalités pour sauvegarder les intérêts des tiers. Le droit de rétention du gagiste n'est pas soumis à ces conditions et à ces formes, parce que le créancier ne peut l'opposer qu'au débiteur, les tiers sont donc hors de cause. C'est dans le même esprit que la loi accorde le droit de rétention au créancier antichrésiste. Aussi ne prescrit-elle aucune condition, aucune formalité dans l'intérêt des tiers. Et cependant ce droit de rétention conférerait un privilége à l'antichrésiste! Cette doctrine est un tissu de contradictions. Elle assimile l'antichrèse au gage, et elle donne à l'antichrésiste un droit dont le gagiste ne jouit pas, le droit de rétention contre les tiers. Elle donne à l'antichrésiste un privilége ou une préférence, sous le nom de droit de rétention, alors que l'article 2085 refuse implicitement à l'antichrésiste tout privilége et toute préférence. Le gagiste ne jouit de son privilége qu'à la charge de remplir les formalités et les conditions prescrites par la loi, et l'antichrésiste, qui n'a certes pas un droit plus fort, aurait un privilége sans condition aucune. On objecte que notre opinion sacrifie le droit de l'antichrésiste aux tiers. Nous rétorquons le reproche : l'opinion que nous combattons sacrifie le droit des tiers à celui de l'antichrésiste, et ce reproche est bien plus grave, car l'intérêt des tiers, c'est l'intérêt général, et l'intérêt de tous l'emporte sur l'intérêt d'un seul. Pour mieux dire, ce sont des droits qui sont en conflit avec l'intérêt de l'antichrésiste, car celui-ci n'a pas de droit dans la chose, il n'a qu'une créance contre le débiteur, tandis que les tiers ont un droit dans la chose, comme acquéreurs ou

comme créanciers hypothécaires. Cela est décisif; le droit des tiers prime l'intérêt de l'antichrésiste, qui est sans droit à leur égard.

572. Duranton fait encore valoir un autre argument. L'article 2085 veut que l'antichrèse soit établie par écrit. La raison n'en peut être, dit-il, que parce que le créancier peut opposer son droit aux tiers (1). Nous demanderons quelle garantie l'écrit offre aux tiers. Quand il s'agit du privilége du créancier gagiste, la loi ne se contente pas d'un écrit, elle veut un acte authentique ou un acte sous seing privé enregistré, elle prescrit les déclarations que doit contenir cet acte. Si la loi avait entendu donner effet à l'antichrèse contre les tiers, elle aurait organisé un système quelconque de garanties, en leur faveur, et l'écrit seul n'est certes pas une garantie. L'argument se tourne donc contre ceux qui l'invoquent.

573. La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous avons cru devoir combattre; l'arrêt, rendu au rapport de Laborie, est rédigé avec beaucoup de soin (2). Toutefois il ne fait que reproduire, parfois textuellement, l'argumentation de Proudhon; nous y avons donc répondu d'avance.

N° 3. CONSÉQUENCES.

574. Il y a un point qui n'est pas douteux, c'est que le créancier antichrésiste ne peut opposer son droit aux tiers qui, avant l'acte de nantissement, avaient acquis un droit dans l'immeuble, soit à titre d'acquéreurs, soit à titre de créanciers hypothécaires. L'article 2091 le dit, et l'orateur du gouvernement ainsi que le rapporteur du Tribunat formulent ce principe avec une grande énergie : ce serait, disent-ils, bouleverser les relations sociales que de porter atteinte à des droits acquis dans l'immeuble. Ici c'est le cas d'invoquer la maxime si souvent citée dans ce débat, que le propriétaire qui a aliéné le fonds ou qui l'a hypothéqué ou grevé de tout autre droit réel ne peut plus

(1) Duranton, t. XVIII, p. 647, n° 560.
(2) Cassation, 31 mars 1851 (Dalloz, 1851, 1, 65).

consentir à un tiers sur l'immeuble un droit qui détruise ou altère les concessions par lui consenties. L'a-t-il aliéné, il n'a plus aucun droit sur la chose, et, par suite, il ne peut plus faire aucun acte de disposition, ni même d'administration, concernant cette chose ; c'est l'acquéreur qui a acquis le pouvoir absolu d'en disposer et d'en jouir. L'a-t-il hypothéqué, l'immeuble est démembré, et il ne peut plus en disposer, au profit du créancier antichrésiste, que dans l'état où il se trouve, démembré par la concession qu'il a faite. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1); on ne comprend pas comment une cour d'appel a pu méconnaître un principe élémentaire consacré par le texte du code.

575. La seule difficulté qui puisse se présenter est de savoir comment les acquéreurs et créanciers hypothécaires, ou, s'il y a lieu, le créancier antichrésiste, prouveront la date à laquelle ils ont acquis leurs droits. Quant aux acquéreurs, la question est tranchée par les lois nouvelles qui exigent la transcription pour que les actes translatifs de droits réels immobiliers puissent être opposés aux tiers. La date des hypothèques s'établit par l'inscription. Reste l'antichrèse. La législation française prescrit la transcription de l'acte qui l'établit; d'où suit que l'antichrésiste peut opposer son droit, dans l'opinion commune, à ceux dont les droits n'auraient pas reçu la publicité légale lors de la transcription de l'acte de nantissement. D'après notre législation, l'acte d'antichrèse ne doit pas être transcrit; la date à laquelle elle a été constituée s'établit donc conformément au droit commun, par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine (2).

576. L'antichrésiste peut donc être évincé, pour mieux dire, dépossédé par un acquéreur ou un créancier hypothécaire antérieur. On demande s'il doit tenir compte à ceux qui le dépossèdent des fruits qu'il a perçus. Il faut distinguer entre les acquéreurs et les créanciers hypothécaires. Ceux-ci ont droit aux fruits à partir de l'exploit de

(1) Cassation, 11 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 1. 9). Pont, t. II, p. 703, n° 1273.
(2) Pont. t. II, p. 685, n° 1230, et p. 703, n° 1273. Aubry et Rau, t. IV, p. 716, note 6, § 437.

saisie. C'est la disposition de la loi belge du 15 août 1854 (art. 23) (1). Quant aux acquéreurs, leurs droits sont régis par le code civil. Régulièrement les fruits leur appartiennent à partir de l'acte de vente; si donc le vendeur a donné l'immeuble en antichrèse postérieurement à la vente, il a disposé de la chose d'autrui et, par conséquent, l'antichrèse est nulle. La conséquence en est que l'antichrésiste doit restituer tous les fruits qu'il a perçus. On a écrit que l'antichrésiste peut se prévaloir contre l'acquéreur de l'article 549, c'est-à-dire qu'il fera les fruits siens s'il est de bonne foi; cela est équitable et rationnel, dit-on (2). Il faudrait voir avant tout si cela est juridique et légal. Or, d'après l'article 547, les fruits appartiennent au propriétaire, et l'article 549 ne fait exception à ce principe que pour les possesseurs de bonne foi, c'est-à-dire, d'après l'article 550, ceux qui possèdent, *comme propriétaires*, en vertu d'un *titre translatif de propriété* dont ils ignorent les *vices*. Est-ce que l'*antichrésiste* possède comme *propriétaire?* Possède-t-il en vertu d'un *titre translatif de propriété?* Peut-on dire de lui qu'il ignore les *vices* de son *titre?* Non. Donc il n'a pas la bonne foi légale; par conséquent, il ne peut réclamer les fruits; il a perçu des fruits qui appartiennent au propriétaire, il doit les restituer. Si l'équité plaide pour l'antichrésiste, le propriétaire a le droit pour lui, et le droit l'emporte sur l'équité.

577. L'article 2091 ajoute que si le créancier antichrésiste a une hypothèque, il l'exerce à son rang, comme tout autre créancier. Quoique ayant une hypothèque, le créancier peut avoir intérêt à stipuler une antichrèse, puisque c'est un moyen de se payer, sans passer par les formalités longues et coûteuses de l'expropriation forcée, et il va sans dire que le nouveau droit qu'il stipule ne lui fait pas perdre son droit réel d'hypothèque.

Le créancier antichrésiste peut aussi, à défaut de payement, et comme créancier chirographaire, poursuivre l'ex-

(1) D'après la loi française, articles 682 et 685 du code de procédure modifié, les fruits ne sont immobilisés qu'après la transcription de la saisie par le créancier.
(2) Pont, t. II, p. 703, n° 1274.

propriation de son débiteur par les voies légales (art. 2088). Mais le créancier n'ayant pas de privilége ne sera colloqué dans l'ordre que comme créancier chirographaire, et payé par contribution, si le débiteur est insolvable (1). Le créancier a donc intérêt à ne pas provoquer l'expropriation tant qu'il n'est pas lui-même poursuivi. Il peut l'être par les acquéreurs ou par les créanciers hypothécaires antérieurs. Reste à savoir s'il peut opposer son droit à ceux qui ont acquis un droit dans la chose postérieurement à l'acte d'antichrèse.

Il y a, sous ce rapport, une grande différence entre l'antichrèse et le gage. Le créancier gagiste réalise son droit en faisant vendre le gage aux enchères; il sera payé par préférence aux autres créanciers; tandis que le créancier antichrésiste qui poursuit l'expropriation perd son droit en renonçant à la possession et au droit de rétention, il renonce par cela même au droit qu'il a de percevoir les fruits, et c'est le seul droit qu'il ait (2).

578. Le débiteur qui donne une chose en nantissement en reste propriétaire; la loi le dit du gage (art. 2079), et il en est de même de l'antichrèse, qui confère seulement au créancier le droit de percevoir les fruits (art. 2085). De là suit que le débiteur peut aliéner le fonds antichrésé, il peut le grever d'hypothèque. Quels seront les droits de l'acquéreur et du créancier hypothécaire? Ici éclate la diversité d'opinions concernant la nature de l'antichrèse. Dans la doctrine que nous avons enseignée, l'antichrésiste a seulement un droit de créance qu'il ne peut opposer qu'au débiteur; il ne peut pas s'en prévaloir contre les tiers qui ont un droit réel dans la chose. Par conséquent l'acquéreur pourra évincer l'antichrésiste sans que celui-ci puisse lui opposer son droit de rétention, ni son droit aux fruits. De même les créanciers hypothécaires pourront saisir l'immeuble antichrésé qui leur a été donné en hypothèque; l'antichrésiste, dépossédé et privé de la jouissance du fonds, n'aura d'action que contre le débiteur. Il y a des

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 488, n° 1231, 1°. Pont, t. II, p. 702, n° 1272. et p. 708, n° 1284.
(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 100, n° 95.

arrêts en ce sens. On objecte que c'est permettre au débiteur d'anéantir le droit qu'il a concédé au créancier; cela est vrai. Mais si le créancier pouvait opposer aux tiers son droit de jouissance et de rétention, il en résulterait que le débiteur pourrait tromper les tiers acquéreurs et les tiers créanciers hypothécaires. Ce serait, dit la cour de Rennes, détruire les effets du régime hypothécaire, altérer la confiance publique et favoriser les débiteurs de mauvaise foi, qui vendraient ou hypothéqueraient, comme libres, des fonds dont ils auraient délégué les fruits à un antichrésiste pour un temps que rien ne limite (1). En effet, le droit d'antichrèse, dans le système du code civil, ne doit pas être rendu public; la loi ne précise aucune garantie dans l'intérêt des tiers. Cela seul ne prouve-t-il pas que, dans la pensée du législateur, l'antichrèse ne doit pas préjudicier aux tiers? Le législateur devait se prononcer en faveur de l'antichrésiste ou en faveur des tiers : il a dû préférer le droit des tiers, parce que leur intérêt se confond avec l'intérêt général, et l'intérêt de la société exige que les acquéreurs et les créanciers hypothécaires puissent compter sur la stabilité des droits qui leur sont concédés.

579. Dans l'opinion qui reconnaît à l'antichrésiste un droit réel, ou qui lui permet du moins d'opposer aux tiers son droit de rétention et de jouissance, on aboutit naturellement à une tout autre conséquence. L'acquéreur doit respecter le droit de l'antichrésiste, il ne peut donc pas le déposséder, pas plus que le débiteur ne le peut; il a seulement le droit qui appartient au débiteur, c'est de réclamer la jouissance de l'immeuble en payant entièrement la dette pour la sûreté de laquelle l'immeuble a été donné en antichrèse. Ce système serait très-acceptable si l'acte d'antichrèse était rendu public. La loi permet au fermier d'opposer son droit de créance à l'acquéreur; elle devrait accorder la même protection à l'antichrésiste. Mais la question n'est pas de savoir ce que la loi aurait pu ou dû faire. A-t-elle donné à l'antichrésiste un droit qui l'emporte

(1) Rennes, 24 août 1827 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 241). Dans le même sens, Paris, 24 juillet 1852 (Dalloz, 1853, 2, 54).

sur celui du propriétaire? Le silence du code suffit pour décider la question, car il faudrait un texte pour qu'un droit de créance fût transformé en droit réel, ou en produisît du moins quelques effets; ce texte existe pour le fermier, il n'existe pas pour l'antichrésiste, ce qui est décisif.

580. Quant aux créanciers hypothécaires postérieurs à l'acte de nantissement, on leur reconnaît, à la vérité, le droit d'exercer une action hypothécaire contre l'antichrésiste, puisque leur hypothèque est valable; mais ils doivent respecter le droit de jouissance et de rétention du créancier antichrésiste. Cela veut dire que le saisissant doit faire insérer dans le cahier des charges la clause que l'immeuble est grevé d'une antichrèse, et que l'adjudicataire devra verser son prix entre les mains de l'antichrésiste; ce n'est qu'à cette condition qu'il peut entrer en possession (1).

Il y a même un cas dans lequel la saisie ne peut pas avoir lieu, malgré le créancier antichrésiste. On suppose que la dette pour la garantie de laquelle l'antichrèse est constituée ne soit pas échue. L'antichrésiste a, dans ce cas, le droit de refuser le payement qu'on lui offre, et de conserver la possession de l'immeuble, en imputant les fruits sur les intérêts. Le débiteur ne pourrait pas le déposséder, et ses ayants cause ne le peuvent pas non plus (2).

581. Restent les créanciers chirographaires. Dans notre opinion, l'antichrésiste est aussi un créancier personnel, par conséquent il n'a aucun droit de préférence à l'égard des autres créanciers. Ceux-ci peuvent saisir l'immeuble antichrésé, puisqu'il reste dans le domaine de leur débiteur; la saisie et la vente mettent fin au droit de l'antichrésiste, qui n'a que sa créance, pour laquelle il sera admis à la contribution avec les autres créanciers. Troplong, qui enseigne notre principe, n'admet point cette conséquence qui en résulte. L'inconséquence a été relevée

(1) Pont, t. II, p. 708, n° 1285.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 489, n° 1232.

par tous les auteurs (1); elle est si évidente, qu'il est inutile d'y insister.

Dans l'opinion qui reconnaît à l'antichrésiste un droit réel, ou du moins un droit opposable aux tiers, les créanciers chirographaires n'ont aucune action contre l'antichrésiste, en ce sens qu'ils n'ont pas de droit dans l'immeuble antichrésé, quand même leur créance serait antérieure à l'acte de nantissement, car le droit de gage que l'article 2093 leur accorde n'est pas un droit réel; ils n'ont donc d'autre droit sur l'immeuble antichrésé que celui de leur débiteur; or, le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble que lorsqu'il a payé la dette entière; il en est de même de ses créanciers (2).

582. La difficulté s'est présentée devant la cour de Paris dans l'espèce suivante. Le débiteur qui avait consenti l'antichrèse tomba en faillite. D'après le code de commerce, le syndic est obligé de vendre les immeubles du failli, au nom de la masse. L'antichrésiste s'y opposa, au nom de son droit réel. Le tribunal de la Seine, sans dénier le droit de la masse, décida que l'immeuble n'avait pu être vendu qu'affecté du droit d'antichrèse; d'où il conclut que les fruits de l'immeuble perçus depuis l'adjudication appartenaient à l'antichrésiste. Le jugement se fonde sur ce que l'antichrèse, soumise à la transcription, est un droit réel qui donne au créancier le droit de suite. Sur l'appel, la décision a été réformée. La cour de Paris dit que l'antichrèse n'est ni un démembrement de la propriété, ni la source d'un privilége, ni le germe d'une affectation hypothécaire. Elle en conclut que l'antichrèse ne saurait enlever aux créanciers du propriétaire le droit de faire vendre l'immeuble en justice, parce que les biens du débiteur sont, sans exception, le gage de ses créanciers. Or, l'adjudication transcrite purge toutes les hypothèques, les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. La cour a appliqué cette règle à l'antichrésiste. N'est-ce pas dire que

(1) Troplong, *Du nantissement*, n° 502. En sens contraire, Martou, *Commentaire de la loi hypothécaire*, t. I, p. 252, n° 259. Pont, t. II, p. 707, n° 1282.
(2) Pont, t. II, p. 707, n° 1281.

le créancier antichrésiste n'a qu'un droit personnel? Il serait téméraire, en cette matière, de procéder par voie d'induction; l'arrêt ne décide qu'une question de vente forcée et de purge. Il faut limiter l'arrêt à ces termes. Toutefois la jurisprudence de la cour de Paris n'est pas celle de la cour de cassation; bien moins encore consacre-t-elle la doctrine qui considère l'antichrèse comme un droit réel, armé du droit de suite. On voit combien il reste de doutes en cette matière. Il y a réellement une lacune dans la loi; nous la signalons au législateur.

FIN DU TOME VINGT-HUITIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE XIV (titre XIII du code civil). — DU MANDAT (suite).

CHAPITRE IV. — DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

§ Ier. *Qui est mandant?*

§ II. *De l'obligation d'indemniser le mandataire.*

N° 1. Principe.

N° 2. Application du principe de l'article 2001.



§ IV. *De la révocation du mandat.*

§ V. *De la renonciation du mandataire.*

§ VI. *Dispositions générales.*

N° 1. Article 2008.

N° 2. Article 2009.

N° 3. Article 2010.



TITRE XV (titre XIV du code civil). — Du cautionnement.

CHAPITRE Ier. — Notions générales.

§ Ier. *Définition et caractères.*

§ II. *Conditions requises pour la validité du cautionnement*

N° 1. Une obligation principale.

N° 2. Une obligation valable.

N° 3. L'obligation naturelle peut-elle être cautionnée?

N° 4. Du consentement.

N° 5. De la capacité.

§ III. *Etendue du cautionnement.*

§ IV. *Interprétation du cautionnement.*

N° 1. Le principe.


Digitized by Google

II. *De la caution légale et de la caution judiciaire.*

CHAPITRE II. — DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION I. — *De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.*

§ Ier. *Du bénéfice de discussion.*

N° 1. Qu'est-ce que le bénéfice de discussion?

N° 2. Des conditions requises pour le bénéfice de discussion.

§ II. *De l'action subrogatoire.*

§ III. *De l'action en indemnité de l'article 2032.*

SECTION III. — *De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.*

N° 2. Applications.

TITRE XVI (titre XV du code civil). — DES TRANSACTIONS.

CHAPITRE Ier. — NOTIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — *Définition et caractères.*

SECTION II. — *Des conditions requises pour la validité des transactions.*

§ Ier. *Du consentement.*

§ II. *De la capacité.*

N° 1. Des incapables.



CHAPITRE II. — DES EFFETS DE LA TRANSACTION.

§ Ier. *De la clause pénale ajoutée à la transaction.*

§ II. *De la transaction considérée comme chose jugée.*

§ III. *La transaction est-elle déclarative ou translative de droit?*

§ IV. *De l'indivisibilité des transactions.*

CHAPITRE III. — DE LA NULLITÉ DES TRANSACTIONS.

§ Ier. *Des causes de nullité.*

N° 1. Des vices de consentement.

N° 2. Du cas prévu par l'article 2054.

N° 3. Du cas prévu par l'article 2055.

N° 4. Du cas prévu par l'article 2056.



N° 5. Du cas prévu par l'article 2057.

§ II. *Effet de l'annulation.*

CHAPITRE IV. — DE LA RÉSOLUTION DES TRANSACTIONS.

TITRE XVII (titre XVI du code civil). — DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

TITRE XVIII (titre XVII du code civil). — DU NANTISSEMENT.

CHAPITRE Ier. — DU GAGE

SECTION I. — *Des conditions requises pour la validité du gage.*

§ Ier. *Des conditions générales.*



§ II. *Des conditions de forme prescrites dans l'intérêt des tiers.*

§ III. *Conditions spéciales concernant les meubles incorporels.*

§ IV. *De la mise en possession du créancier gagiste.*

§ V. *Du nantissement sous forme de vente.*

§ VI. *Du gage commercial.*

SECTION II. — *Des droits et obligations du créancier gagiste.*

§ Ier. *Du privilége.*

§ II. *Du droit de rétention.*



§ II. *De la forme.*

§ III. *De la possession.*

§ IV. *De l'antichrèse déguisée.*

SECTION II. — *Droits du créancier antichrésiste.*

§ I[er]. *Droits du créancier à l'égard du débiteur.*

N° 1. Du droit aux fruits.

N° 2. Du droit de rétention.

N° 3. Du droit de vente.





















